Sala, Traditio, Vestitura.

Eine von der Juristen-Facultät
der Universität Rostock genehmigte
Promotionsschrift

von

Dr. Rudolf Bewer.

Rostock 1880.

Universitäts-Buchdruckerei
von
Adlers Erben.

F. Rangette & Söhne, Düsseldorf.

Sala, Traditio, Veſtitura.

Eine von der Juriſten-Facultæt
der Univerſitæt Roſtock genehmigte
Promotionsſchrift

von

Dr Rudolf Bewer.

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

Roſtock 1880.

Univerſitæts-Buchdruckerei
von
Adlers Erben.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553624_0144

Meinem Onkel

Herrn Heinrich Glasersfeld

in Dankbarkeit gewidmet.

Vorwort.

Zu dem am 3. August 1878 von der juristischen Facultät der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin als Preisaufgabe gestellten Tema:

> Ueber Form und Bedeutung der gerichtlichen Auflassung nach dem deutschen Rechte des Mittelalters.

wagte ich eine Bearbeitung einzureichen. Das am 3. August 1879 verkündete Urteil erklärte drei von den eingegangenen Arbeiten als „höchst fleissige und gründ-„liche Leistungen, von denen jede, wenn sie allein stände, „mit dem Preise gekrönt werden könnte". Meine, unter diesen drei befindliche Arbeit erhielt indessen unter näherer Motivirung blos die Auszeichnung der ehrenvollen Erwähnung.

Diese Schrift legte ich, — ohne irgend eine der mir als correcturbedürftig bekannt gegebenen Stellen vorher zu verbessern, — der juristischen Facultät der Landes-

Universität zu Rostock, bei welcher ich mich um den Doctorgrad bewarb, als Dissertation vor. Die Facultät approbirte dieselbe mittels eines, wesentlich mit der Berliner Motivirung übereinstimmenden Bescheides. Nach bestandenem Rigorosum wurde mir gestattet, die Schrift zur Verbesserung zu überarbeiten. — In dieser Gestalt liegt sie jetzt vor.

Es sei mir gestattet, der hochverehrlichen Rostocker Facultät und besonders auch dem Herrn Consistorialrat Professor Dr. Böhlau meinen aufrichtigen Dank abzustatten für die wolwollende Beratung und Teilnahme, mit welcher dieselben sich dieser Erstlingsarbeit angenommen haben.

Düsseldorf, im December 1879.

B.

Inhaltsverzeichniss.

Einleitung. Pag.

Erklärungsversuch der historischen Entwicklung. Begriffsfeststellungen. 1—7.

§§ **I. Abschnitt.**

Das Rechtsgeschäft (— Sala —) als Causa traditionis 8—25.

1. I. Begriff und Arten ... 8—10.
II. Beschränkungen am freien Abschlusse durch Verbote und Rechte Dritter ... 10—24.
2. Einleitung ... 10—11.
3. a. Die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen ... 11—15.
b. Die privatrechtlichen Beschränkungen ... 15—24.
4. Das Mundium ... 15—17.
5. Die Erben und die Ehefrau ... 18—24.
6. III. Die Stellung des Rechtsgeschäfts zur Auflassung ... 24—25.

II. Abschnitt.

Die gerichtliche Tradition. 26—79.

7. I. Zeugen- und Gerichtsöffentlichkeit. Gerichtsort ... 26—35.
II. Die Symbole ... 35—51.
8. Wesen und Zweck ... 35—38.
9. Einteilung in 4 Klassen ... 38—51.
10. III. Die Gerichtszuständigkeit ... 51—54.
IV. Die scheinprocessualische Verhandlung ... 54—66.
11. Einleitung ... 54—56.
12. Ladung, Process und Urteilsfällung ... 56—66.
13. V. Die Tradition ... 66—71.
VI. Die Tradition durch die Salmänner (— Excurs —) ... 71—78.
14. 1. Begriff, Zweck und Erfordernisse ... 71—76.
15. 2. Rechte und Pflichten der Salmänner ... 76—78.

III. Abschnitt.

16. Die Vestitur. 79—90.

§§	**IV. Abschnitt.**	Pag.
17.	Gewährschaft und Friedewirken.	91—94.
	V. Abschnitt.	
	Der Besitz.	94—104.
18.	I. Die Sessio triduana	94 - 96.
19.	II. Die Gewere von Jahr und Tag	96—104.
	VI. Abschnitt.	
	Die Beurkundung.	105—113.
20.	I. Die Privatbeurkundung	105—107.
	II. Die Gerichtsbeurkundung	108—113.
21.	Die Gerichtsbriefe	108—111.
22.	Die Gerichtsbücher	111—113.

Einleitung.

Erklärungsversuch der historischen Entwicklung. Begriffsfeststellungen.

Die römischen Verträge begründen, abgesehen von gewissen Realcontracten, nur mittelbar Eigentum und erzeugen direct nur den Titel desselben; das Eigentum selbst entsteht erst durch die Tradition.

Die deutschen Verträge ergreifen das Sachenrecht unmittelbar selbst und ziehen Recht und Object direct in den Rechtskreis des Erwerbers, der sofort Eigentum erwirbt.

Deswegen ist die römische *Traditio* dem deutschen Rechte unbekannt.

Im römischen Rechte ist sie die juristische Realisirung des in der *causa traditionis* contractlich erst ausbedungenen Eigentumswechsels.

Die *Traditio* im deutschen Recht kann diese Stellung nicht haben; sie kann hier nie eine besondere Rechtsconsequenz eines Vertrages sein, da der deutsche Vertrag als solcher schon das Eigentum begründet [1]).

[1]) cf. Sohm, Recht d. Eheschliessung p. 80—82.

Denkbar ist nun zweierlei:

1) dass die deutsche *Traditio* blosse formale Vollzugshandlung der tatsächlichen Besitzübertragung oder
2) dass sie selbst Contractsform sei, in welcher der Vertrag zu Stande kommt.

Die historische Entwicklung nimmt von der *Traditio* als einer Contractsform ihren Ausgangspunkt und schliesst mit der *Traditio* als einer Vollzugshandlung ab.

Der Realcontract ist wol die erste Contractsform [2]), so dass sich in der äusseren Form der *Traditio* innerlich der Contractus vollzieht, Entstehung des Vertragsrechtes und Erfüllung der Vertragspflicht nothwendig zugleich mit demselben Acte stattfindet und also die *Traditio* als eine reale Investitur in den Besitz zugleich Form und Mittel des Eigentumswechsels ist [3]).

Erst auf einer höheren Entwicklungstufe wird dieser eine Act mit seinem noch untrennbaren Doppelzweck, das Recht zu zeugen und zu zeigen, in seine beiden ungleichartigen Momente geschieden. Die juristische Entstehung und die factische Darstellung des Rechtes trennen sich.

Während früher das Mittel des Eigentumsüberganges noch die Uebergabe des Erwerbungsobjectes selbst war, wird nun statt dessen das Symbol tradirt. Dasselbe, ursprünglich stets ein Teil des Traditionsgegenstandes selbst (z. B. Rasen und Reis, Stein und Span), stellt bildlich die Sache selbst dar. Diese Symbolik entstand, um sich zu helfen, wenn man auf dem Grund und Boden durch reale Vestitur das Eigentum nicht übergeben konnte, z. B. wenn man auswärts war; aber als sie einmal in Aufnahme gekommen war, benutzte man sie auch, wenn man überhaupt aus irgend welchen Gründen die Tradition lieber nicht auf dem Grundstück vornehmen wollte, sondern z. B. am ordentlichen Gerichtsort [4]) oder auf dem Altare [5]).

---

[2]) cf. Sohm, l. c. p. 81. Anm. 12 dagegen.

[3]) cf. Albrecht, Gewere p. 75; — Sandhaas, Germ. Abh. p. 71. 74; — Zöpfl, RG. III. Aufl. p. 740; — Heusler, Gewere p. 16. 17.

[4]) cf. unten § 6. III.

[5]) cf. Heusler, Gewere p. 17; — Gerber, Z. f. Civ. u. Proc. N. F.

Diese symbolische Investitur ist gleichwol noch Eigentums- und Besitztradition zugleich; hierneben ist die alte reale Investitur nichts anders mehr als eine blosse Solennitätshandlung; sie hat dann nicht einmal die Bedeutung der Besitzübertragung, wenn man in die symbolische Investitur den Begriff des *constitutum possessorium* legt [6]); aber schwerlich wird diese schon für das römische Recht schwierige juristische Construction in's deutsche Bewusstsein gedrungen sein, trotzdem die symbolische Handlung das Verständniss dafür erleichterte. — Der symbolische Realcontract wird blos ein kurzes Durchgangsstadium zu dem ihm historisch sich leicht und natürlich anschliessenden Formalcontract gewesen sein. Denn indem einerseits die reale Vestitur als blosse Solennitätshandlung Sinn und Zweck eingebüsst hatte und die symbolische Vestitur mit dem *constitutum possessorium* wol unverständlich blieb, andrerseits der deutsche Contract direct das Recht an der Sache erwarb, so gab es sich von selbst, dass man durch das Symbol statt des Rechtsobjectes nun das Objectsrecht, das Recht an der Sache, darstellte [7]). Durchaus unnötig ist es nunmehr, dass das Symbol ein Teil des Traditionsobjectes ist, vielmehr ist jetzt jede beliebige Sache als Symbol geeignet;

> II. Feud. 2. *Investitura autem proprie dicitur possessio: abusive autem modo dicitur quando hasta vel aliquid corporeum quidlibet porrigitur a domino fundi se investituram facere dicente* [8]).

ausserdem beweist der Character vieler jetzt üblicher Symbole (Ring, Handschuh, Kreuz, Schwert, Speer u. a.), dass das Symbol

XI. p. 21. — Ob der Ursprung dieser Vestitur notwendig und allein mit der Uebereignung im Processe zusammenhängt, wird wenigstens nicht mit dem bekannten Capitulare a. 817. c. 6 (Pertz I. p. 211) bewiesen (wie Sohm, Z. Gesch. d. Auflassung, Separatabdr. p. 10—12. cf. p. 13 annimmt). — Die Bestellung der Bürgen daselbst hat nicht den Zweck, die Nachholung der *extra comitatum* unmöglichen realen Vestitur zu verbürgen, sondern für die in der Fremde mangelnden Sicherheitsmittel des Vertrages (z. B. Gerichtlichkeit) einen Ersatz zu haben.

[6]) cf. Sohm, Z. Gesch. der Auflassung p. 29.

[7]) cf. unten. § 7.

[8]) cf. Sohm, Z. G. der Aufl. p. 14. p. 34. Anm. 48.

nicht sowol mehr den Besitzwechsel, als vielmehr vorzüglich den Uebergang des Rechtes und der Macht darstellt. Die alte reale Investitur erhält nach Abschluss dieser Entwickelung wieder Bedeutung, indem durch sie wirklich wieder Besitz übertragen wird. — In diesem Formalcontract der symbolischen Tradition werden blos die juristischen Willens-Elemente der Parteien zum Ausdruck gebracht, alle factischen Vollzugshandlungen sind ausgeschieden. Die juristischen Elemente gewannen schliesslich wol die Herrschaft über die Form selbst, so dass der Formalcontract in Contract und Form zerfiel, und nunmehr der Vorgang aus einem unsymbolischen Contracte und dem ihm meist unmittelbar und ungetrennt folgenden symbolischen Formalacte besteht (Traditio). — Der von der Traditionsform befreite Contract, durch den Veräusserungs- und Erwerbungswillen gebunden werden, ist aber keineswegs ohne alle Form und Feierlichkeit. Die Parteien legen wol Gewicht darauf, dass sein rechtsbegründender Abschluss gesichert sei, rufen Zeugen herbei, geben ihre Erklärungen auf dem Grundstücke selbst und vor dem Richter ab und lassen ihren Consens zu Papier bringen. Dieses Rechtsgeschäft, sei es Kauf, Tausch, Schenkung u. s. w., heisst allgemein Sala [9]), mit deren feierlichem Schlussmoment das Eigentum begründet wird und beginnt [10]).

---

[9]) Sala vom goth. saljan; angels. sellan und syllan, sylene (subst.); altnord. selja; ahd. auch sele, salunga; mittelalterlich latinisirt sellandia. — Sala bedeutet im englischen noch jetzt soviel wie Verkauf. cf. Zöpfl, RG. p. 740 u. Anm. 13. Zöpfl, RA. II p. 352 u. Anm. 5. Grimm, RA. p. 555. 606. Michelsen, *festuca notata* p. 19.

[10]) Erwähnt sei hier im Zusammenhange die zweite Grundauffassung, nach welcher die Sale blos den Eigentumsgrund, die Investitur den Eigentumsbeginn bezeichnen solle. Dieselbe, welche in der älteren Literatur variirt und minder scharf durchgeführt ist (namentlich von Albrecht, Gewere p. 65. 66, Sandhaas, German. Abh. p. 51—66. 74. 71, Häberlin, Bearbeitung des Meichelbeck I, p. 6. 26. 79. 199. 200. 67, Brackenhöft, Z. für deutsches Recht VIII p. 49 und Bar, Beweisurteil p. 179 — vergleiche Heusler, Gewere p. 25. 49. 67. 158 und Anm. 1, ferner ib. § 13), ist neuerdings von Sohm, Zur Geschichte der Auflassung in klarer und consequenter Weise vertreten worden, dessen historischer Entwicklungsversuch im kurzen folgender ist: Nicht durch den Realcontract habe sich in der ältesten Zeit der Rechtserwerb vollzogen (cf. Sohm, Eheschliessung p. 81. Anm. 12 gegen Heusler)

Das Ende der Sale kann zugleich der Anfang des sich anhängenden Formalactes sein. Dieser hat zwar nach aussen hin die einheitliche Form einer Tradition; aber seine innere Bedeutung ist eine doppelte: die eine entspricht dem Veräusserungswillen des Veräusserers, die andere dem Erwerbswillen des Erwerbers.

a) Die *Traditio*, vom Standpunkte des Veräusserers aus beurteilt, zeigt den Veräusserungswillen in der solennen Form des Rechts-Verzichtes, des Aufgebens, des Auflassens. Dieses Moment, die Auflassung, der Rechtsverzicht *(jus resignare)* [11]) kann rechtlich und sachlich

sondern durch die blosse „Erklärung des Veräusserungsconsenses" = Sala (Z. g. d. Aufl. p. 16. 17). Aber obwol hierdurch für die Contrahenten das Eigentum begründet werde (ib. p. 16), habe die Sale weder dingliche Wirkung gegen Dritte (ib. p. 18 cf. Anm. 27), noch gewähre sie schon das Eigentum (ib. p. 19). — Letztere Wirkungen führe die Vestitur herbei, welche die Vollstreckung der Sale sei (ib. p. 17). Sie bezeichne zugleich den Moment des Besitz- und des Eigentumserwerbes, sei aber nicht der Grund des Eigentumserwerbes, nicht *„causa efficiens"*, sondern nur *„conditio sine qua non"* für denselben (ib. p. 19). — Ursprünglich habe es nur eine reale Vestitur gegeben (ib. p. 10—12. cf. p. 13. Anm. 21), die „auf dem Grundstück selber vor Zeugen und unter bestimmten Solennitäten vollzogen werde" (ib. p. 5). Erst der Process um Eigen habe zur gerichtlichen, das heisst zur symbolischen Investitur geführt (ib. p. 11. cf. Eheschliessung p. 84), und viel später sei darauf auch die ausserprocessualische symbolische Investitur anerkannt worden (ib. p. 12). — Die symbolische Vestitur habe sich nun an die Sala angeschlossen und mit ihr verbunden (ib. p. 20. 21), um den Moment des Eigentumserwerbes zu verfrühen. „Was man für Form der *„traditio"* hielt, war in Wirklichkeit ein zweiter Rechtsact, die mit der Sale verbundene Gewer" (p. 25). — Aus der Vestitur habe sich nun folgenderweise die Auflassung herausgerungen. Zwei Acte, der Apprehensions- und der Auflassungsact, seien von jeher sowol in der realen als symbolischen (Besitz-) Vestitur eingeschlossen gewesen (cf. ib. p. 5. 35. 37. 38; Eheschliessung p. 84). Diese hätten sich geschieden; der erstere (Investitur zu minderem Rechte) sei die lehnrechtliche Uebertragungsform geworden; der letztere (Investitur zu vollem Rechte) diene zur landrechtlichen Veräusserung des Eigentums (ib. p. 36). Von der Vestitur, die nicht das Mittel ist, Eigentum, sondern Besitz zu übertragen, habe sich für das Landrecht nur ein Teil erhalten, die Auflassung, so dass unter dieser allein nur die Investitur des deutschen Mittelalters zu verstehen sei. (Eheschliessung p. 85.)

[11]) Seibertz, UB. I. nr. 118 (a. 1203): *Ut igitur talis donatio rata*

passend der Schluss des Veräusserungsgeschäftes, der Sala sein; dieselbe wird in diesem Sinne auch *traditio* genannt [12]).

b) Die *Traditio,* vom Standpunkte des Erwerbers aus betrachtet, gibt den Erwerbswillen in der solennen Form der Annahme des Rechts: sie ist als solche eine symbolische Investitur des Rechtes, nicht des Besitzes.

So gibt die *Traditio* vermittels ihrer Doppelbedeutung als symbolischer Rechtsverzicht und Rechtserwerb sehr gut dem contractlich zusammenbegründeten und einander correspondirenden Willen beider Contrahenten zugleich in einem Acte einen concreten Ausdruck. Dieses Zusammenfliessen mag auch zu dem synonymen Gebrauch der Worte *traditio* und *vestitura* viel beigetragen haben [13]).

Es braucht aber die *Traditio* keineswegs in einem ununterbrochenen Zuge, sondern kann auch abschnittsweise vollzogen werden.

Letzteres ist meist bei der gerichtlichen Auflassung der Fall. — Hier schneidet die Gerichtsverhandlung und die richterliche Administration des Uebereignungsactes derart in die Tradition ein, dass sowol deren einzelne Momente (*Resignatio*

---

permaneat H. R., . . . jus suum resignavit. — ib. nr. 187 (a. 1229), nr. 240 (a. 1245). — cf. Brünner Schöffenbuch 325 (Rössler).

[12]) In dem Capit. I. Ludov. Pii a. 809. c. 6. sind die Worte *„legitimam traditionem"* in der ahd. Uebersetzung aus dem X. Jahrh. mit „vuizzetathia (wizzetatia) sala" übersetzt.

[13]) So sagt man *tradere* und *vestire per festucam.* — Pleonastischer Gebrauch bei Meichelbeck I nr. 393 (a. 819) und Du Cange III. 890 (a. 951). — Synonymer Gebrauch bei Mabillon dipl. p. 542 (a. 872), Du Cange III. 886 (a. 1174); ib. p. 890 (a. 1258). *Ipsos mercatores investivit de predictis bonis . . per traditionem cuiusdam apostolicae paleae;* — ib. p. 885 (a. 1294). *Investientes dictam dominam B. recipientem pro se et suis heredibus per traditionem baculi, ut moris est;* — ib. p. 887 (a. 1356). *Joannem emptorem praesentem et recipientem de dicta re vendita per traditionem unius calami manualiter investivit.* — cf. Grimm R. A. p. 555. 556. — Heusler, Gewere p. 6. 16. 17. — Bar, Beweisurteil p. 179 Note 330. — Beseler, Erbverträge I p. 30 Note 22, p. 37 Note 44. — Zimmerle, Stammgutssystem p. 71. 72. — cf. Sandhaas, German. Abh. § 2 p. 10. 18—22.

und symbolische (Rechts-) Vestitur) ihren besonderen Ausdruck finden, als auch die Tradition selbst von der vorangehenden Sala und der nachfolgenden realen (Besitz-) Vestitur geschieden wird. Zugleich mit dieser äusseren Trennung wird dadurch auch die rechtliche Bedeutung und die Stellung der einzelnen Rechtsmomente auseinander gehalten und klar gelegt [14]).

Der folgenden Darstellung der gerichtlichen Auflassung, welche besonders bezweckt, die einzelnen sachlichen und rechtlichen Momente bei der Uebereignung zu scheiden, soll aber erst der einleitende Abschnitt über das Rechtsgeschäft als *causa traditionis* vorausgehen.

[14]) Ein leicht misszudeutender Fall, wo zwei Acte in einem vereinigt sind, liegt vor, wenn statt der Tradition und der Besitzvestitur nur die letztere vorkommt. Die reale Vestitur ist alsdann 1) die symbolische Form der Tradition und 2) zugleich die reale Form des Besitzerwerbes. Nur unter dieser Voraussetzung ist die gemeinschaftliche Definition von *traditio* und *vestitura* richtig, welche Du Cange III, 883 gibt: = *missio in possessionem . . . per quaedam symbola, quae rei in alterius dominium translationem factam denotarent.* — Durch die gerichtliche Vornahme wird diese Confusion unmöglich, da die Tradition stets im Gerichte, die reale Vestitur stets auf dem Grundstücke selbst vor sich geht.

I. Abschnitt.

Das Rechtsgeschäft (Sala) als Causa traditionis.

I. Begriff und Arten.

§ 1.

Die der Auflassung vorausgehenden Rechtsgeschäfte beziehen sich auf alle Arten von Liegenschaftsveräusserungen, seien diese nun totale oder partiale. Die totalen heissen *traditiones definitae*, Ursalen [1]).

In welch mannigfaltiger Weise eine partiale Veräusserung die *Causa traditionis* sein kann, zeigen folgende Beispiele:

1. Schenkung eines Zehnten a. 1179 (Seibertz, UB. I. nr. 78).
2. Verpfändung eines Vogteirechtes über zwei Bauernhöfe a. 1240 (Seibertz, UB. I. nr. 217).
3. Einfacher Verzicht dinglich Berechtigter (Brünner, Schöffenbuch aus dem XIV. Jahrh. 611 (ed. Rössler).
4. Verzicht eines Erben auf sein Wartrecht a. 1283 (Seibertz, UB. I. nr. 280).
5. Schenkung eines Lehen zu Eigentum a. 1247 (Seibertz, UB. I. nr. 254).
6. Aufgabe von Bergrecht im rechten Pergtaiding (Wiener Stadtr. art. 90. 125 [ed. Schuster]).

[1]) Zöpfl, RG. p. 740 u. ib. Anm. 13.

7. Bestellung eines Zinses, einer Rente und Gülte (Münchener Stadtr. a. 1347 art. 32. 232. (ed. Auer.) — Goslarer Statuten 24, 6—10. (ed. Göschen.) — cf. Ssp. II, 59, 1).
8. Uebertragung zu Erbzinsgut (Goslarer Statuten 29, 27; 13, 19. — Wiener Stadtrecht art. 133).
9. Eigentumsübertragung mit Retention des Niessbrauches bei Schenkung *inter vivos.* (Meichelbeck I. 2 nr. 13. (a. 765) und I. 2 nr. 538).
10. Eigentumsübertragung mit Zinsbestellung für etwaige Postumi. (Meichelbeck I. 2 nr. 112: *trado ea scilicet ratione, si genuerim de legitima uxore heredes aliquos, ut habeant portionem hereditatis meae.)*
11. Schenkung unter der Bedingung, das Gut als Benefiz für den Fall echter Not zurückzuerhalten. (Meichelbeck I. 1, 68. 69 (a. 770): *tradidi atque transfundavi excepto necessitate cogente, si institerit tempus, ut uterer eorum utensiliis non ut propriis, sed quasi beneficiis ecclesiae.)*
12. Gewerübertragung an die Salmänner. (Schannat, litt. vind. I. p. 114 (a. 1114); II. p. 6 (a. 1192). — Guden, cod. I. 60 (a. 1123). — Wartmann, UB. der Abtei S. Gallen 2 nr. 44.)
13. Begründung der ehelichen Gütergemeinschaft an Liegenschaften (Schöffenurteil bei Wasserschleben p. 227 cap. 73).

Auf diese Weise kann ein Gut mehrmals aufgelassen werden, sofern nur die zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte verschiedenen Inhalt haben und mit einander verträglich sind; so können Auflassungen zu Eigen, Leibgedinge und treuer Hand nebeneinander an einem Gute vollzogen werden [2]). Hat Jemand z. B. einen Realzins an einem Gute, so wird sein Recht, wenn der Eigentümer sein Gut zu Eigen auflässt, nicht zerstört,

[2]) cf. Albrecht, Gewere p. 72. 125. 128.

Schöffenurteil bei Böhme VI, 114: verkauft ein man dem andern ein erbe und vorswiget in dem kaufe des jehrlichen zinses, der daruff stet, so sol der man sinen zins behalden, als er den im gewere hot, in dem verkauften erbe.

sofern es durch (— eventuell gerichtliche —) Auflassung gesichert worden ist.

Schöffenurteil bei Böhme VI, 99: vorkauft ein man sinen hoff und reicht das uf vor gericht, den hoff mogin des mannes schuldiger nicht bekummern vor ere schult, is en si denne, das der man, eh er den hoff vorreicht, den schuldigern hette gelobit vor gerichte ere schult zu bezalen by seinem eigen, wo das geschege, so mochten dy schuldiger den hof wol bekummern und dy ufreichunge by jare und tage wedirsprechin.

II. Beschränkungen am freien Abschlusse des Rechtsgeschäftes durch Verbote und Rechte Dritter.

§ 2.

Einleitung.

Der Abschluss des Rechtsgeschäftes geht unter Beteiligung und Berücksichtigung aller derjenigen Personen vor sich, welche der Veräusserung irgend ein Recht entgegenstellen.

Dieses Rechtshinderniss für den Abschluss wird beseitigt entweder in der Form des Dispenses, wenn ein ausdrückliches Veräusserungsverbot vorliegt, oder in der Form des Consenses, wenn die betreffenden Personen an jenem Grund und Boden selbst eigene Rechte haben [1]).

[1]) Ausgenommen diese Fälle, hat von jeher Veräusserungsfreiheit bestanden. — Vor der Völkerwanderung gab es schwerlich Privatbesitz am Grund und Boden; der Einzelne benutzte ihn als Gesammtgut der Gemeinde.

Jene Einschränkungen der Veräusserungsfreiheit zerfallen in öffentlich- und privat-rechtliche.

a. Die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen.

§ 3.

Verbote von Immobiliargeschäften finden sich häufig in Stadtrechten besonders zu dem Zwecke, um die Veräusserungen von Grundstücken [1]) an Personen, die nicht direct zur Stadt-

(cf. v. Bethmann-Hollweg. Civilprocess IV, p. 15. — Zimmerle, Stammgutssystem §§ 1—5. — Waitz, Deutsche Verfassungsgeschichte I. cap. 4 p. 93 sqq., p. 117. —) Als er später Sondereigen wurde, gab er seinen öffentlichen Character nicht auf und blieb auch fernerhin Schwerpunkt und Grundlage für die Verfassung der Orts- und Volksgemeinde. (Gemeiner, die Verfassung der Centene p. 9 sqq. — Zimmerle, Stammgutssystem p. 10. sq. —) Aber keineswegs wurde deswegen seine freie Veräusserlichkeit verhindert. Selbst Kirchen und Kapellen erscheinen als Objecte des vermögensrechtlichen Verkehres. Form. Marculf. I, 30, 17. II, 4, 6, 20, 24. Sirmond 16. Lindenbrog 50. Diplom. a. 800 bei Meichelbeck I. 2, nr. 200: *tradidit curtem H. filio . . et statuit, ut ipse H potestatem de hoc curte habuisset, habendi, possidendi vel tradendi ubicumque voluisset.* Diplom. a. 877 bei Neugart, cod. dipl. Alam. I. nr. 305: — *ita videlicet, ut haec omnia supradicta in proprietate habeat, habeatque potestatem habendi, donandi, vendendi, commutandi et quidquid inde facere voluerit, sicut lex et justitia de proprietate concedit habendum.* — Hinschius, Z. Gesch. der Incorporation und des Patronatsrechtes § 1 p. 4—10 (Festgaben für Heffter, Berlin 73).

[1]) nicht blos totale, sondern auch partiale Veräusserungen werden untersagt:

a. totale: Lübisches R. cod. II, 226 (ed. Hach). — Hannover. Statut § 27 (Gengler 189). — Altenburgische Statuten a. 1555 (Walch, Beiträge III, 98). — Göttinger Statut XIV (Pufendorf observ. III app. p. 145 sqq.). — Dortmunder Stadtrecht § 27 (Wigand, Geschichte der Abtei Corvey I, Anhang p. 296). — Lauenburger Statut (Pufendorf observ. III app. p. 328). — Statuten von Rudolstadt a. 1594 (Walch V p. 33). — Rotenburger Statut XIII. und XIV. Jahrh. § 12 (Gengler p. 385). — Schweidnitzer Handveste a. 1328 § 48 (Gengler p. 427). — Statut für Ronneburg (Sachsen-Altenburg) a. 1380 § 2 (Gengler p. 379). — Stadtr. v. München VII, 94. art. 223. — Bestätigung des Erzbischofs Friedr. II. für die Stadt Attendorn a. 1347 (Seibertz UB. II. nr. 841). — Rechtsbrief Kaiser Ludwigs IV. a. 1330 für Wetzlar (Gengler 527). — Ein Privileg für Lemberg des Königs Wladislaus a. 1444 und Königs Sigmund a. 1554 (bei Bischoff, Oesterr. Stadtr. und Privileg. p. 81) dehnt das Veräusserungsverbot consequent auch auf letztwillige Verfügungen und die Intestaterbfolge aus;

b. partiale: Lübisches R. cod. II. 32. 122. 243. 241. — Goslarer

gemeinde gehören (Fremde, Ritter, Juden, Geistliche, Gotteshäuser, benachbarte Ortschaften), zu verhindern und so die Freiheit der Stadt und die Rechte des Königs zu sichern [2]). Dieses sprechen folgende zwei Freiheitsbriefe aus:

Für Gosslar das Privileg Friedrich's II. (Göschen 15, 25. 26): *Nulli licitum est, dare domum suam ecclesiae, nisi vendatur et ecclesiae argentum tribuatur, ut etiam regi jus suum non detractatur.*

(Die Statuten setzen alsdann für „König" den Stadtrat: 9, 13—18; 23, 33—35; 30, 9—20).

Für Bonn der Freiheitsbrief Kaiser Friedrich's III. a. 1475 (Gengler p. 31): — damitt dieselb statt so auss etlichen Ursachen bissher in Abnemmen und Verwuestungh kommen ist, wiederumb in ein recht ordentlich Wesen gepracht werde.

Der Stadt insbesondere muss daran liegen, dass der städtische Grund und Boden ihrer Besteuerung, ihrem Rechte und Gerichte unterworfen bleibt.

Urkunde a. 1152 für Gelnhausen (Hessen) (bei Gengler p. 146): *Item si quis necessitate coactus aedificia sua aut areas vendere volucrit, in talem transferat personam, quae inhabitet et similem inde exhibeat imperatori justitiam.*

Rechtsbrief für Weida (Sachsen-Weimar) a. 1377 (bei Gengler p. 515): Die guter sallen in der stat bleibin, und nicht us der stat gefuret werden in andrer herren gerichte noch gebite ane geuerde.

Bürgersprache zu Bielefeld a. 1578 (Walch III, p. 70): Es soll kein Bürger noch Innwohner einige Stadtguter binnen oder buten Bielfelt gelegen keinen Geistlichen oder Ausländischen verkauffen oder ver-

Statuten 23, 33—35; 30, 9—20. — Vermehrt. Ssp. (Ortloff) I, 48, 4; II, 6. — Bürgersprache zu Bielefeld a. 1578 (Walch III, 70). — Freiberger Stadtr. a. 1294 entworfen, art. 102 (Walch III).

[2]) Das Dortmunder Stadtr. stellt diese Verbote unter den § 27. *De libertate oppidi* (l. c. bei Wigand).

lassen, dergleichen keine Erbrenten verkauffen . . . damit dieselbe auss der Stadt dracht [3]).

Veräusserungen, die gegen diese Verbote vorgenommen werden, sind nichtig:

Hantveste König Johanns über den Grundbesitz für Prag a. 1331 (Rössler, Stadtr. von Brünn p. 386) 178: Gaistlich leut schullen der stat guet nicht chaufen . . . und wer wider unser gepot dez selben guetes icht chauft, der chauf schol taugen und schol auch nicht chraft haben mit geczeugnusse.

und wo diese Verbote mit rückwirkender Kraft erlassen worden, wird der Erwerber bei Androhung des Verlustes des Gutes zur Selbstexpropriation gezwungen.

Freiheitsbrief Kaiser Friedrich's III. für Bonn a. 1475 (Gengler p. 31) . . . wir haben gesetzt, dass all und jeglich geistlichen Personen, so weltlich Erb und Gut in dem Gerichtszwank zu Bonn gelegenn, durch Gifftungh, Gäbe . . . in ihr Gewaltsamb gebracht hatten . . . dieselben Erb und Gütter in zweien Jaeren den nechsten . . . wiederumb in welttlich Hende wenden, welich dess aber uber solch Erforderungh nach Ausgank derselben Zeit nitt hatten, alsdan sollen dieselben Erb und Gutter on alle Furwortt verfhallen sein, zwen Theil einem Erzbischoffe zu Collen, so zu Zeiten ist und dem Stift daeselbst, und das Dritteil der Stadt Bonne [4]).

---

[3]) cf. Walch V, p. 124.

[4]) Die verbotswidrige Veräusserung wird, abgesehen, dass sie nichtig ist, oft in verschiedener Weise bestraft, z. B. mit Verlust der Hälfte der Kaufsumme oder mit Verlust des Grundstückes an die Stadt oder die Erben des Veräusserers, wenn nicht innerhalb einer bestimmten Frist (meist Jahr und Tag) das alte Verhältniss wiederhergestellt ist. cf. Rechtsbrief Kaiser Ludwig's IV. a. 1330 für Wetzlar (Gengler p. 527).

a. Strafe des halben Kaufgeldes: Statuten der Stadt Ilm, 3. (Schwarzburg-Rudolstadt) bei Walch V, p. 115 sqq.: Soll kein Bürger bei Verlust des halben Kauffgeldes einig Erbstücke, es sei gleich gut oder böse, nahe oder weit gelegen, von der Stadt oder Gemeinde auf Dörffer oder fremde Oerter verkauffen noch verwenden, und wo solches von jemand geschehen, soll er dasselbe wieder zur Stadt bringen, und verschaffen, wie

Nur, wenn die compente Behörde Dispens für den betreffenden Fall erteilt, cessirt das Verbot, so dass nun die Veräusserung rechtsgültig vorgenommen wird.

Goslarer Statut 30, 17—20: Dispens durch den Stadtrat: Nemme gast noch nemme papen scal man ervegut noch tins an ervegude dat binnen der stat gherichte lit (gheven) sunder des rades orlof; — ib. 23, 33—35. Men ne scal nen hus noch eghen noch ghelt an eghene in papen oder godeshuse were bringhen, ut der stat were, sunder des rades orloph.

Vermehrter Ssp. I, 48, 3 und 5: Dispens durch Rat und Gericht eventuell durch die Gemeinde.

Ilmer Statuten bei Walch. V. 115: Erlaubniss des Grafen zu Veräusserungen an den Adel.

auch kein Bürger einen Haussgenossen, Häusser oder Erbstücke verkaufen soll, es sei denn derselbe zuvor Bürger worden, bei Buss vorgemeldeter Strafe. — Ebenso das Statut von Buttstädt, 33 (bei Schmidt, Weimarsche Gesetze VII, p. 347). — Bocholder Stadtr. § 86. (Archiv für Gesch. u. Altertumskunde Westfalens III, 1828.)

b. Verlust des Grundstückes an die Erben. Freihafener Stadtr. a. 1229 § 6 (Gengler p. 142): *Nullus miles* (Ritter) *nec monachus praedium aliquod in civitate praedictorum civium jure hereditario acquirere potuit nec tenere; et si aliquod praedium alicui coenobio vel aliis personis religiosis dabitur propter Deum, infra terminum unius anni vendere tenentur. Quod si facere neglexerint, ex tunc proprietas eiusdem praedii ad heredes tradentis succedet libere et quiete.*

c. Verlust des Grundstückes an die Stadt: Statut von Verden (Hannover) a. 1330. § 8 (Gengler p. 509). Nen Borgher edder Borghersche en schal vorkopen noch gheven noch setten ghestliken Luden Erve, dat bynnen der Muren tuo Verden gheleghen is. Dede dat we, so sole dat Erve to voren der Stad horen, un den Broke schal man beteren na Willen des Rades. — Eine Milderung dieses Unterwindungsrechtes der Stadt kommt bisweilen da vor, wo Güter allerdings verbotswidrig, aber zum Seelenheile an eine Kirche durch Schenkung weggegeben worden sind; hier soll die Stadt das entzogene Gut von Amtswegen verkaufen und das erlöste Geld der Kirche geben. Z. B. Statut für Rotenburg a. Tauber, XIII. u. XIV. Jahrh. (Gengler p. 385) . . . ist ob ein man durch siner sele willen wil geben, der gebe daz gut einem burger ze kauffene, und gebe daz gut gelt, swa er wolle; und swer daz breche, dez gutes suln sich sin frunde underwinden, oder die burger, ob er nicht frunde hat, und suln daz verkauffen und durch siner sele willen geben.

b. Die privatrechtlichen Beschränkungen.

§ 4.

Das Mundium.

Privatrechtlich in der Veräusserungsfähigkeit eingeschränkt sind alle diejenigen Personen, welche sich im Mundium und in einem ähnlichen Gewaltsverhältnisse befinden. Ohne ihre Machthaber sind sie ausser Stande, sowol das Rechtsgeschäft abzuschliessen, als die gerichtliche Auflassung vorzunehmen. Ihre Handlungsfähigkeit reicht zum sachlich-materiellen Abschlusse des Geschäftes nicht aus, und ihre Gerichtsfähigkeit ist für die formelle Begründung durch die gerichtliche Auflassung unzureichend.

Solche Personen sind nächst den Un- und Halbfreien [1]) die Kinder und die Frauen. -- Kinder waren selbst zum Erwerbe einer Schenkung unfähig, die erst durch das Vollwort und die Annahme des Vormundes rechtswirksam wird [2]). — Frauen waren in älterer Zeit noch mehr eingeschränkt, als die Kinder, da das Recht des Mannsstammes das ihrige verkümmerte. Ursprünglich unfähig, Grundeigentum zu besitzen [3]), sowol *mortis causa* [4]) als *inter vivos,* war ihre Selbständigkeit bei Veräusserungen und Erwerbungen von Immobilien noch sehr gering. Die beständige Vormundschaft, unter der sie sowol ausser als

[1]) Für erstere handelt der Herr, für die letzteren der Patron. cf. Liutpr. 68. 97. — v. Bethmann-Hollweg, Civilprocess IV, p. 377.

[2]) Hatten sie zufällig keinen Vormund, so bestellte man ihnen oft einen, nur um den Singularact der Schenkungsannahme zu vollziehen; darauf entliess man ihn wieder. Meichelbeck I. 2 nr. 655 (a. 848), nr. 1345; cf. I. 1, 49.

[3]) Grimm RA. p. 491 zieht den rechtlichen Unterschied zwischen liegender und fahrender Habe folgendermassen: jene können nach altstrengem Rechte nur Freien, diese auch Unfreien zustehen, jene nur von Männern, diese auch von Frauen ererbt werden.

[4]) Nur nach westgotischem Volksrecht sind Söhne und Töchter im Erbrechte gleichgestellt (l. Visig. IV. tit. 2 c. 1. *Si pater vel mater intestati discesserint, sorores cum fratribus in omni parentum haereditate absque aliquo obiectu aequali divisione succedant);* nach allen übrigen erben sie im besten Fall nur dann, wenn männliche Descendenten fehlen (l. sal.

während der Ehe standen [5]), liess sie nie zu freiem, eigenem Handeln kommen. Vom Gerichte waren sie ebenfalls ausgeschlossen, sowol für echte Processe [6]), als für das scheinprocessualische Auflassungsverfahren [7]), so dass sie auch hier ihren Vormund nötig hatten.

Bei den Veräusserungen der Kinder und der Frau ist das Vollwort des Vormundes nicht blos formell für das Rechtsgeschäft und die Auflassung wesentlich [8]), sondern auch materiell. Denn der Vormund, welcher an den Gütern seines Mündels durch die ihm aufgelassene Gewere zur Vormundschaft [9]) selbst dinglich

---

tit. 59; 1, 2, 3, 4. — l. ripuar. tit. 56, 1—4; — l. Angl. et Werr. tit. 6 (1) §§ 1—9; — l. langob.: Roth. 154. 167. 171: Liutpr. I, 1; — l. burg. I, 2, 3; XIV, 1; — l. Alam. Hloth. 47, 1; — l. sax. VII. §§ 1. 5 [41, 44]. — cf. Lewis, *de orig. facultatis heredibus in jure germ. concessae prohibendi alienationes rer. immob.* p. 5. —). Trotzdem bereits eine Marculfische Formel diese Verkürzung des Erbrechtes der Frauen eine *„diuturna* und *impia consuetudo"* nennt (II, 12), so ist dieselbe gleichwol fast wörtlich aus der l. Saxonum in den Ssp. übergegangen (l. Saxonum VII, § 1 [41]. *Pater aut mater defuncti filio non filiae hereditatem relinquit;* Ssp. I. § 17, 1. Vader unde moderverve nimt de sone unde nicht de dochter; it ne si dat daz nen sone ne si, so nimt it de dochter). — Erst später wird sie auf das Stammgut beschränkt (cf. Siegel, Erbrecht p. 50, Anm. 187), bis in Goslar zuerst Söhne und Töchter als erbgleichberechtigt erklärt wurden: Goslar. Statut p. 2, 2: Söne und döchtere sint like na, erve to nemende. — (cf. Siegel, Erbrecht § 17.)

[5]) l. saxon. VII, § 2 (42); — Ssp. I, 46; — Lüb. R. cod. II, 96, 97; Goslarer Stat. 28, 40; 4. 11, 26. 27. — Eine Ausnahme lässt das Dithmarsche Recht für Frauen zu, die in der Ehe gelebt haben: Sammlung altdithm. Rechtsquellen v. Michelsen § 182 (p. 61): Vortmer efft dar en vrouwe were unde hedde to echteschup ghewesen so is se ere eighene vormunt na deme dage.

[6]) Ssp. I. 46; cf. Münchener Stadtr. art. 85; a. 1347, art. 119. — Die Goslarer Stat. p. 77 lassen nur die Selbstverteidigung zu.

[7]) l. langob. Rothar. 205 . . . *nec aliquid de rebus . . . immobilibus sine voluntate ipsius, in cuius mundio fuerit, habeat potestatem donandi aut alienandi* (Da die langob. Thinx wol meist Gerichtsact war, so fand also die Vertretung in diesem statt; cf. Beseler, Erbv. I, p. 112). — Soester Stadtr. art. 27; — Ssp. I, 45 § 2.

[8]) cf. Ssp. I, 31, 42, 1; — Rev. Lüb. R. I, 10, 1; — Gosl. Statut 18, 21—29; — Hamburg. Statut III, 6, 21; — Freiberger Stadtr. art. 14; — Urk. a. 1085 in Mon. boica VI, 44; — Meichelbeck II. 2 nr. 372. b; — cf. die eine obermünsterische und die beiden berchtesgadener Urkunden bei Zöpfl RA. II. p. 292.

[9]) Ssp. I, 31, 2; 45, 2.

berechtigt wird, begibt sich durch die Veräusserungen der Frau eigener Rechte [10]). — Personen, welche blos in einem vormundschaftsähnlichen Verhältnisse stehen, sind die niederen Cleriker und die Kirchen. — Erstere bedurften wol stets der Erlaubniss ihres Vorgesetzten,

> Brünner Schöffenbuch 36: *Cum religiosus praelato subjectus nec possessor proprietatis nec propriae suae liberae sit voluntatis, sine abbatis et superioris sui licentia ad agendum de possessionibus non admittitur suo jure.*

und im weltlichen Gericht zur Auflassung der Vertretung durch einen Procurator.

> Soester Stadtr. art. 27: *Potest Clericus aut mulier quelibet mobilia vel bona vel donationes vel caduca que ratha dicuntur in judicio petere. Sed si intersunt mancipia vel predium feudale, quod vulgo dicitur torfacht egen sine procuratore agere non potest.*

Letztere, die Kirchen, hatten insofern die Freiheit des Handelns bei Immobiliargeschäften eingebüsst, als sie allmälig unter die vormundschaftsartige Gewalt der Kirchenvögte gekommen waren. Diese, zum Schutze der kirchlichen Immunitäten über sie gestellt, hatten eine völlige Herrschaft über sie erlangt, so dass sie seit Ende des X. Jahrhunderts wesentliche Personen bei allen onerosen Geschäften der Kirchen wurden, zu solchen die Erlaubniss zu erteilen hatten und die Auflassung mit eigenen Händen, namentlich beim Tausche, vollzogen [11]). Erst Ende des XII. Jahrhunderts sank ihre Macht.

---

[10]) cf. Albrecht, Gewere p. 275.

[11]) Aeckerübertragung einer Aebtissin an ein Kloster a. 1232 (Seibertz UB. I, Nr. 260): *Notum facimus, quod nos de consensu domini comitis de A. advocati nostri contulimus ecclesie in W. in perpetuam possessionem agros.* — Tausch durch die Hände der Vögte a. 980 bei Wigand, Geschichte Corvey's I. p. 118. — Ebenso Seibertz UB. I. nr. 159 (a. 1220); — Meichelbeck I, 2 nr. 1266. nr. 1254. nr. 1182. — Wigand l. c. p. 152—155, Häberlin, Bearb. Meichelb. p. 64. 72.

§ 5.

Die Erben und die Ehefrau.

I. Die Erben haben schon zu Lebzeiten des Eigentümers ein Recht an dessen Grund und Boden. Es ist dies „kein Grundgesetz des Staates“ [1]), sondern ein Privatrecht, welches allerdings wegen der Geschlossenheit der Familie und ihrer Gesammtstellung in der Gemeinde mehr als eine blos privatpersönliche Bedeutung gewinnt. Dieses Recht zeigt sich im allgemeinen darin, dass sie zu Veräusserungen, welche ihr künftiges Erbrecht verletzen würden, einwilligen müssen [2]).

[1]) Siegel, Erbrecht p. 89.

[2]) Zur Geschichte dieses Rechtes: Sein Ursprung liegt in persönlich-sittlichen Rücksichten gegen die Kinder. Vor den Volksrechten wird es nur sehr matt gewesen sein, worauf l. Angl. et Werr. tit. 13 u. l. burg. tit. 84 hindeuten. Die Volksrechte selbst kennen es, mit Ausnahme der l. Saxonum (tit. XV §§ 1—3; — XVII. VII. c. V—VII. — cf. Sandhaas, Germ. Abh. 185—190; Lewis, *de orig.* 29—37; Beseler. Erbv. I, 59—62; Zimmerle, Stammgutss. p. 39—48 —), in der es nach jeder Richtung bereits ausgebildet ist, nur in mehr oder minder unscharfer Form.

a.) l. sal. tit. 46 *(de adfathamire)* entscheidet nicht darüber. Veräusserungen waren wol wegen der vielen Formalitäten selten und erschwert; gerade weil aber die Erben unerwähnt sind, kann man auf das Nichtvorhandensein ihrer Rechte schliessen. — Sandhaas 167. 168; Zimmerle 34—37; Beseler I, 48—(68); Lewis 9—12. — b.) l. rip. tit. 48 u. 49 erklärt die Zustimmung der Kinder für nötig (— Lewis 13 gegen Zimmerle 49 —), die auch durch die Eigentumsübertragungen des einen Ehegatten an den andern nicht verkürzt werden sollen; zwischen letzteren soll nur der Niessbrauch übertragbar sein. — Beseler I, 45; Sandhaas 167, 168; Lewis 12—14; Zimmerle 48—51. — c.) Die l. burg. tit. 48, 1; tit. 1, 1; tit. 51, 1; tit. 24, 5 lässt noch freie Disposition erkennen, welche aber, wegen Missbrauchs aus Rücksichten für das Staatswohl beschränkt, später nur blieb, wenn Nichterbgüter an Ansässige veräussert werden. cf. tit. 75, 1. tit. 24, 5 u. l. I, 1. — Sandhaas 169—172; Beseler I, 52; Zimmerle 59—64; Lewis 14—18. — d.) Die l. Langob. (Roth. 168. 170. 171. 365; Liutpr. VI, 51) enthalten zwar von diesem Rechte nichts, schützen aber die Erben durch ein nur *ex certa culpa* erlöschendes gesetzliches Erbrecht; selbst der *postumus legitimus* (Roth. 171) rumpirt durch seine Geburt das ihm nachteilige Geschäft. Daher ist es wahrscheinlich, dass auch bereits vor dem Tode ein solches Recht irgendwie bestand. — Lewis 19—26; Sandhaas 172—174; Zimmerle 65—68; Beseler I, 120—121. — e.) Die l. Visigoth. IV, 2, 20; IV, 2, 19; II, 1. 1. cf. II, 5, 11; IV, 3, 4; II, 5, 12, 13, 16.

Denn ihr Einspruch würde die Auflassung hindern resp. vernichten, mit der Wirkung, dass das Geschäft blos null und nichtig würde,

> Schöffenurteil a. d. Dresd. Handschr. M. 34. b. cap. 62 (Wasserschleben, Deutsche Rechtsq. I. p. 203): Hiruff spreche wir scheppen zu Magdeburg eyn recht: Sintdemmal das ir ewir kinder . . . neste erbnemen seyn, zo mogen sie des hauszes und des hoffes des en von ir mutter anirstorbin ist ane ewirn willen und vollwort nicht vorlassen und habt ihr den hoff und ufflassunge . . . bynnen rechter czeyt ir iar und tag vorgangin ist vor gerichte wedirsprochen, so ist der kouff und vorlassunge machtlosz und also . . . mit recht nicht geschen. (cf. ib. cap. 74. p. 229 i. f. —). Goslarer Stat. 28, 23—27.

V, 5, 10. VII, 5, 4 u. 5. ist ebenso aufzufassen; sie schützt die Rechte der Erben in einem römisch-artigen Noterbrechte. Indessen sind Verfügungen des kinderlosen Gatten (IV, 2, 20) und kirchliche Zuwendungen (II, 1, 1) ausnahmslos gültig und unwiderruflich. — Zimmerle 64—65; Lewis 18—19. — f.) Die lex bajuv. (tit. I. c. I u. II; tit. XIV. c. VI—IX § 1—4) lässt Schenkungen unter der Voraussetzung zu, dass die nächsten Erben zustimmen, und falls sie Zuwendungen an die Kirche *pro redemptione animae* sind, dass erst die gesetzliche Abfindung der Kinder stattfinde. — cf. ähnliche Abfindungen bei Meichelbeck I, 1, 264 u. I, 2 nr. 7. 188. — Zimmerle 51—56; Sandhaas 183—184; Beseler I. 22, 57; Lewis 28—29. — g.) Die dem bairischen Volksrecht verwandte l. Alamann. (I, 1; II, 1, 2; LXXXVIII.) erlaubt zwar Schenkungen an die Kirche schlechthin, aber nach der Analogie mit der l. baj. wol nicht Schenkungen allgemein. — Lewis 26—28; Beseler I. 56; Sandhaas 184; Zimmerle 56—59. — h.) Das thüringische Gesetz spricht von einem Rechte der nächsten Erben nicht; dass ein solches nach dem tit. XIII *(libero homini liceat hereditatem suam cui voluerit tradere)* nicht bestanden, ist höchst wahrscheinlich, wenn auch streitig. — Lewis 37, 38; Beseler I, 48, 52; Sandhaas 169 u. Note 10; Zimmerle 37—39.

In dieser schwachen Gestaltung mag das Erbenrecht bei den Veräusserungen von keinem wesentlichen Einfluss gewesen sein. Erst in der Folgezeit erhielt es absolute Kraft. Zwar erwähnen die Formeln das Recht noch nicht direct (Beseler I, 51, 52, Häberlin, Meichelb. p. 8), aber in ihnen werden die Erben, — welche oft auch als Zeugen genannt sind, — für den Fall ihrer Anfechtung mit Kirchenbann und Geldbusse von der Kirche bedroht (Marculf II, 3, 4; 7, 19; Baluz 29, 7; Lindenbrog 17, 18. — cf. Zimmerle 68—76; Lewis 49—64; Beseler I. § 5. p. 51 sq. —), nicht etwa,

oder dass die veräusserten Güter nun sofort an die Erben fallen, als wenn der Veräusserer im Momente des unerlaubten Geschäftsabschlusses gestorben wäre. (Ssp. I, 52, 1. —)

Die gewöhnliche Form ihrer Einwilligung ist die, dass sie bei der Veräusserung auf ihr Recht verzichten, entweder durch Verschweigung oder *verbis expressis* und vor Gericht. Solenn lassen sie dieses ihr Recht bei der Auflassung selbst mit auf [3]), mitunter aber auch in einem eigenen gerichtlichen Resignationsverfahren, so z. B. in folgender Urkunde, wo der Verzicht sogar zweimal stattfindet, im Stadt- und Landgericht.

Seibertz, UB. I nr. 280. a. 1253. *Ego quia huic emtioni non consenseram nec juri meo quod in his bonis habere videbar cesseram claustrum impetivi, presertim cum heres legitimus eorundem essem bonorum, nullo existente coherede . . et quidquid juris in bonis videbar habere Susatie in domo burgensium voluntarie et solempniter*

um einen ergebnisslosen Anfechtungsprocess zu vermeiden, wie Sandhaas und Beseler meinen, sondern weil die Erben immer energischer den in Tat und Form (Capit. a. 817 leg. add. 6. — cf. Zimmerle 76—79) durch Gesetz und Glauben an ein gutes Werk geförderten Zuwendungen an die Kirche, welche oft übertrieben, selbst das Familienwohl gefährdeten (Beseler I. 55, 56), sich entgegenstellten. — In zwei Capitularien (Capit. II. a. 811 c. 5 und III. a. 805 c. 18) sucht Carl der Grosse die Familie und speciell die Kinder vor den Nachteilen dieser schädlichen Schenkungslust zu schützen. — Frühe Urkunden kennen es bereits vollständig (z. B. Dipl. bei Meichelb. I. nr. 53. 59 [a. 755. a. 758]). — In den späteren Landrechten ist es klares Gesetz (Ssp. I, 52, 1; 21, 1; 31, 1; — Schwsp. [Lassb.] 24, 71; — Friesische Rechtsqu. W. 393, 22 [ed. v. Richthofen]. — cf. Richtsteig Landr. c. 10. § 2); ebenso in vielen Stadtrechten (Lübeck, Alt-Culm, Brilon, Schwerin . . .), obwol in anderen auf das Erbgut beschränkt, ein Moment, das bereits den Niedergang des Rechtes anbahnt (Magdeburg. Fragen I, 12, 3; Vermehrt. Ssp. I, 44—46; I, 72; Goslar. Stat. 26, 37. 38). — Seine Schärfe als Einspruchsrecht verliert es bei notgedrungenen Veräusserungen, wo es entweder ganz wegfällt (z. B. Passauer Statut a. 1300 § 51. (Geugler 352); — Brünner Schöffenbuch, XIV. Jahrh., 363) oder zu einem blossen Vorkaufsrecht gemildert ist (z. B. Lübisch R. cod. II, 29; — Münchener Stadtr. a. 1347 art. 213; VII, 49; art. 31; — Moringer Stadtr. § 13. [Z. f. RG. VIII p. 294]; — Kaiser Ludwig's Rechtsbuch a. 1346 tit. 16, 204, cf. tit. 1, 7 [Freiberg IV.]). — Als blosses Vorkaufsrecht hat es zuletzt bestanden, bis es dann ganz verblich.

[3]) Vermehrter Ssp. I, 31, 1. Seibertz, UB. I. nr. 389. nr. 177.

renuntiavi, eadem bona proprietario jure claustro jam dicto assignans libere et quiete perenniter possidenda . . Post hec in judicio liberorum quod vulgo frigedinch dicitur, omni juri meo publice cedens et hec cessio uti moris est et ut fieri decebat sententia seculari est confirmata.

Obwol das Einspruchsrecht in der Regel nur dem nächsten Erben, resp. allen gleich nahen [4]) zusteht, so suchte man, um ganz sicher zu sein, auch den Consens der entfernteren, bisweilen der sämmtlichen Erben zu erlangen.

Waldkauf bei Seibertz, UB. I nr. 244. a. 1246: *Johs. et mater eiusdem soror cum omnibus heredibus Swidhenchusen in judicio quod vriedhinc appellatur medietatem consensu benigno et unanimi resignarunt.*

Güterverkauf bei Seibertz, UB. I nr. 326. a. 1263: *nos cum consensu et bona voluntate fratrum nostrorum . . nec non uxoris puerorum quoque et omnium heredum nostrorum curtim nostram . . . cum omni jure, quod nos et fratres nostri habere videbamur ecclesie ad P. rite et rationabiliter vendidimus — coram liberis hominibus . . sub banno regio donavimus more debito et consueto.*

Schenkung des Eigentums von Lehngütern bei Seibertz, UB. I nr. 346. a. 1296.

Ja, so sehr dehnte man dieses aus, dass man oft die Knechte ihre — blos formelle und äusserliche — Zustimmung geben liess, z. B.

Seibertz, UB. I nr. 219 (a. 1240) und nr. 222 (a. 1241): *proprietatem bonorum de consilio et connivencia*

[4]) Auch wenn die Veräusserung an einen von ihnen geschieht: Goslarer Stat. 28, 28—32; cf. ib. 26, 38—39. — Bei Erbgutsveräusserungen haben oft alle Verwandte dieses Recht, da Erbgut in der Familie bleiben soll, z. B. Lübisch R. cod. I, 5; cod. II, 29. — Hamburger Statut I, 5 b; — Statuta Rigensia IV. (Pufendorf observ. III. app. p. 222. cf. Dithmarsches Landr. § 146 [Michelsen p. 42]). — Ueber die Ausdehnung des Rechtes auf entferntere Erben und Verwandte siehe Beseler, Erbverträge I, p. 56—63 u. Zöpfl RA. II. p. 289. 8.

priorum Coloniensium fidelium etiam et ministerialium nostrorum assensu et approbacione contulimus hospitali perpetuo libere possidendum [5]).

Besonders schützte man sich gegen Postumi, denen man, damit sie später nicht als enterbt angesehen werden könnten, vorsichtshalber an dem veräusserten Gute einen Erbschaftsteil (meist in Form eines Zinses) zuwandte,

Meichelbeck I, 2. nr. 112: *trado ea scilicet ratione, si genuerim de legitima uxore heredes aliquos, ut habeant portionem hereditatis.*

oder für deren Verzicht man die Eltern sich verbürgen liess.

Seibertz, UB. I nr. 177 a. 1225 (Güterübertragung an ein Kloster): *Uxor etiam . . . presente marito vendicionem ipsius confessa est, se ratam habituram simulque cum filio allodium ecclesie contulit in proprietatem et tam ipsa quam maritus eius pro puero quem tunc vivum sicut putabatur ipsa gestabat in utero promittebat dum natus esset, ad idem faciendum cum inducerent* [6]).

Ist dieser Verzicht in keiner dieser Weisen erfolgt, so besteht das ohne denselben abgeschlossene Geschäft nur bedingt und wegen der Auflassung nur formell zu Recht, gewinnt aber unbedingte und materielle Vollkommenheit, wenn die für den Einspruch gesetzte Frist (meist Jahr und Tag) abgelaufen ist. Sie beginnt aber erst im Momente der (— gerichtlichen —) Auflassung, nicht des Abschlusses des Rechtsgeschäftes.

Brünner Schöffenbuch 330: *Praescriptio a die traditionis et resignationis hereditatis coram judice facta initium capit, et non a die venditionis et emtionis.* Vermehrter Ssp. I, 20, 16 cf. I, 34, 2 und I, 46, 4. — Goslarer Statut. 14, 12—18.

[5]) Auch in der Form von besonderen Bestätigungen und Genehmigungen kam dies vor, z. B. Bestätigung der Vergabungen eines Bruders durch den andern (Seibertz, UB. II. nr. 689 a. 1344), des Oheims durch den Neffen (ib. II. nr. 705 a. 1347), der Handlungen des Vaters durch den Sohn (ib. II. nr. 783 a. 1366).

[6]) cf. Schannat, trad. fuld. I. nr. 636 (a. 1145). — Schannat, viud. litt. I. p. 56. 115 (a. 1098. 1122).

II. Die Ehefrau hat zwar als solche kein Recht an den Gütern ihres Mannes, sondern jedes derartige Recht muss durch besondere Rechtsvorgänge begründet worden sein (z. B. Eingehen der ehelichen Gütergemeinschaft, gemeinschaftlichen Ankauf, Bestellung von *Dos* und *Contrados* in Form einer Rente, Wittwensitzes u. a. [7]). Alsdann ist jede Veräusserung dieser Immobilien eine gemeinschaftliche [8]). Die Frau nimmt daran teil, entweder durch blosse Einwilligung und Verzicht auf ihr Recht, indem sie dem Manne das Handeln allein überlässt,

> Lacomblet UB. I nr. 180 (a. 1054): *ego Th. cum consensu et permissu dilectae conjugis meae ceterorumque heredum pro 150 marcis ad monasterium contradidi.*
>
> Lübisch. R. cod. I, 15; — Goslarer Statuten 14, 1—3.

oder durch selbständiges Mitwirken bei dem Auflassungsacte, so dass eine *„traditio communis manibus“* vorliegt [9]).

Diese bisher erwähnten Fälle der Berücksichtigung dritter Personen bei dem Rechtsgeschäfte und der Auflassung (Vormund, Erben, Ehefrau) sind die regelmässig vorkommenden; allein ähnliche liegen bei jeder Veräusserung vor, wo überhaupt das dingliche Recht eines anderen in Frage gestellt werden kann,

[7]) Lewis, *de origine* p. 62. — cf. Meichelbeck I. 2. nr. 609 über Gutstradition an eine Kirche mit Bestellung einer Rente für die eventuell überlebende Frau: *Notum sit, qualiter quidam vir studuit procurare uxorem suam usque ad vitae suae finem, nec non post exitum eius. Quapropter tradidit ob hoc, quod eadem Uxor eius illic in supra dicto loco ad F. locum et mansionem simul et victum haberet, quousque viveret.* — Meichelbeck II, 2. nr. 381.

[8]) Meichelbeck I, 1, 59; I, 2 nr. 31. 29. 38. 100. 175 . . . — Guden. III. nr. 93 (a. 1194). — Seibertz UB. I. nr. 326 (a. 1263) nr. 177 (a. 1225). — S. Em. 24, p. 18; 36, p. 32; 71, p. 33; 96, p. 42 (bei Zöpfl RA. II, p. 291).

[9]) Meichelbeck I, 2 nr. 264. 265. — Seibertz UB. I, nr. 389 (a. 1280). — Leukfeld, antiq. halberst. a. 1114 (p. 703). — Lörsch u. Schroeder UB. a. 1381 nr. 202 über den Verzicht der Ehefrau auf ihre Rechte aus Heimsteuer und Morgengabe bei Auflassung einer Kornrente: Sunderlich entzèch sich die êgenant Margareth der rechten, sò si hàt ùs dem hùs . . . von ir hainstür und morgengab . . . Dò dis volgieng, als recht was, dò stunden dieselben Hainrìch Nüwiler und Margaret sin èlich hùsfrow mit irem vogt H. v. S. vor offnem gericht, vertgeten und vergàben . . . den vorgeschribenen halben mutt kernengeltz ab dem hùs und hofraiti.

z. B. kann der Pfandgläubiger bei denjenigen Veräusserungen des Pfandobjectes, durch welche sein Recht bedroht wird, seinen wesentlichen Einspruch erheben [10]); ferner findet sich, dass Veräusserungen des Kindes an den Vormund des Consenses der gleichsam einen Familienrat bildenden Verwandten bedürfen [11]).

III. Die Stellung des Rechtsgeschäfts zur Auflassung.

§ 6.

Erst wenn das Rechtsgeschäft seinen rechtlichen Abschluss gefunden hat, kann seine Formalisirung durch die Auflassung erfolgen. Letztere setzt den bereits erworbenen Rechtstitel voraus, welcher für sie *lex, causa traditionis* ist [1]). Die Auflassung ist nicht „das öffentlich vor der versammelten Gemeinde im Volksgericht zu vollziehende Rechtsgeschäft“ [2]), sondern schliesst sich an dasselbe an.

> Schöffenurteil bei Böhme VI. 151, 4: man gab ym (dem Manne) eyn haus uff vor jehegetim dinge, das her gekoufft hatte. Brünner Schöffenbuch 330.

Beim Kauf speciell erfolgt sie erst nach der Preiszalung:

> l. bajuv. XV, 2, 1: *Si quis vendiderit possessionem suam alicui post acceptum pretium aut per cartam aut per testes comprobetur firma emtio.*

Im späteren Rechte findet sich, dass vor der Auflassung bereits die neuen Kaufbriefe von und vor der Stadtbehörde ausgefertigt sind: so sehr ist die sachliche Basis die notwendige Unterlage für die Begründung durch den Formalact der Auflassung.

[10]) Goslarer Statut 27, 11—14. cf. Münchener Stadtr. a. 1347 art. 270.

[11]) Goslar. Statut 18, 21—23.

[1]) Wendelinus ad leg. sal.: *Ego domine Major transporto in tuas manus meum illum fundum, . . . idque ad opus N. titulo purae donationis vel titulo venditionis et pretii tanti, quam pecuniam agnosco me recepisse.*

[2]) cf. die Definitionen Zimmerle's, Stammgutss. p. 71, und Dunker's, *dominium directum* in Z. f. d. R. II, p. 189. — Reyscher, Uebersicht über die deutschrechtl. Literatur a. 1839 in Z. f. d. R. II, p. 215.

Münchener Stadtr. a. 1347, art. 205: Swer guot auf der erde hat, daz nicht varentz guot ist, und se pfant setzen will, der soll das tuon . . . mit ainen brief mit der stat insigel, des sol man vor gericht offentleichen lesen.

Lüneburger Gerichtsordnung bei Pufendorf, observ. III, p. 346: Von Auflassung der Heuser. Wer sein Haus hatt verkaufft, muss mit dem Käuffer erst auff's Rathhaus gehen und verlassen seine Gerechtigkeit, die Er in Siegeln und Brieffen über das Hauss hatt, und bitte einen Erbaren Rath umb einen neuen Haussbrieff; ein Rath müge dem geben und versiegeln dem Käuffer und darnach procediren vor das Untergericht.

Der Beweis, dass das Rechtsgeschäft wirklich und gültig abgeschlossen ist, kommt bei der gerichtlichen Auflassung in der Weise vor, dass über den Titel ein Scheinprocess geführt wird, der mit einem das Rechtsgeschäft bestätigenden und die Ausführung (Auflassung) anordnenden Urteil endet. — Hierbei kommen jene erwähnten Kaufbriefe als urkundliche Beweismittel in Betracht, die in dieser Absicht im Gerichte vorgelesen werden; ferner findet Berücksichtigung der von der competenten Behörde (meist von der Stadt) erteilte Dispens von dem öffentlich-rechtlichen Veräusserungsverbot und die solenne Consenserklärung derjenigen Personen, deren Erlaubniss für die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes wesentlich ist [3]).

[3]) cf. Meichelbeck I, nr. 607 (a. 839). Merkel, Firmare des bair. Volksrechtes in Z. f. RG. II, p. 140. Anm. 107. — Wol selten und erst in späterer Zeit hat sich dieses Verhältniss von Rechtsgeschäft und Auflassung umgekehrt, so dass der in seinem Character verwischte Gerichtsact die Grundlage für die Eingehung des Vertrages wurde, z. B. Gerichtsordnung der Reichsherrschaft Wildenburg a. 1607 (bei Kamptz, Provincialrechte III) cap. II. § 2 . . . auch hernachher deme Gericht vorgetragen und insinuiret. § 3. wenn solches . . . geschehen, so ist der Verkäufer dem Käufer das verkauffte Gut und der Käufer dem Verkäufer das Kaufgeld zu liefern und zu bezalen verpflichtet.

II. Abschnitt.

Die gerichtliche Tradition.

I. Zeugen- und Gerichtsöffentlichkeit. Gerichtsort.

§ 7.

Die Traditionen sollen keine geheimen sein. Einerseits weil Solennitäten als solche meist öffentliche Vornahme erfordern, andrerseits weil Streit und Anfechtung des Actes vermieden werden sollen, ist ihre Oeffentlichkeit nötig und befohlen [1]).

Diese war nun entweder eine blosse Zeugen- oder Gerichtsöffentlichkeit; Gerichtsacte waren allgemein notwendig öffentlich, so dass von selbst die hierauf bezüglichen Vorschriften sich auch auf die Gerichtsauflassungen ausdehnen, z. B.

> Brünner Schöffenbuch 324: *Super quo diffinitum fuit quod actus judiciarii, praecipue in causis civilibus, puta contractibus, venditionibus et emtionibus, diurno tempore sunt habendi* [2]).

[1]) Capit. II. Carol. a. 809. c. 26. *de traditionibus, ut in abscondito non fiant propter contentiones diversas.* — Ed. Rothar. c. 172. *Si quis res suas alii thingare voluerit, non absconse sedente liberos homines ipsum garathinx faciat.* — Rozière, formules 289: *non in fraude, sed in publico visus fuit tradidisse.* — Capit. Ludov. a. 817(9) leg. add. c. 6.

[2]) Urk. a. 1251 im Archiv f. Geschichte u. Altertumskunde des Obermainkreises 1832. I. Heft 2. p. 121: *Heinricus, Babenberg. Episc. L. monasterio appropriat bona in Moglinde et unum Lein in Dizon a Ramnungo G. d. P. resignata. Acta publice in colle saepedictae villae superius adjacenti in vigilia Palmarum tempore placiti quod ibidem habuit contra nobiles Fridericum Burggravium de Nurenberch et Fridericum Dominum de Trugendingen;* — Steiermärk. Landr. (ed. Bischoff) art. 245. — cf. v. Bethmann-Hollweg, Civilproc. IV. p. 119; — Heusler, Gewere p. 13; — Siegel, Gesch. d. Gerichtsverfahrens p. 57.

I. Der Zeugenöffentlichkeit [3]) wird nicht etwa schon Genüge getan, wenn die Tradition vor zufällig anwesenden Personen, sondern erst, wenn sie vor wirklichen Solennitätszeugen geschieht [4]). Solche haben dadurch unmittelbares Interesse an derselben gewonnen, dass sie ausdrücklich aufgefordert worden sind, zuzusehen und zuzuhören, also officielle Augen- und Ohrenzeugen sind [5]). Für spätere Zeiten sollen sie Zeugniss ablegen können; daher suchte man ihre Aufmerksamkeit und ihr Gedächtniss zu schärfen, indem man ihnen Ohrfeigen gab oder sie am Ohre zupfte, besonders häufig kommt dies bei Knaben vor [6]).

So wurden sie „Denkmänner"; einerseits konnten sie sich nicht mehr mit der deutschen Redensart entschuldigen, es sei schon so lange her, dass es nicht mehr wahr sei [7]), andrerseits erhielt ihr Zeugniss eine ähnliche Wirkung, wie der gerichtliche Abschluss der *Traditio* [8]). Deswegen war es auch nicht gleichgültig, welche Personen und wie viele als Zeugen hinzugezogen wurden.

[3]) l. bajuv. XV, 12; — l. rip. tit. 60 (unter dem *locus traditionis* in dieser Stelle ist nicht die Gerichtsstätte, sondern das Grundstück selbst zu verstehen; cf. Beseler, Erbv. I, p. 41. —).

[4]) Ausdrücklich werden *„testes"* und blosse *„adstantes"* unterschieden: Miraeus, not belg. p. 135 (a. 993): *mox posthaec subsequenti die, ut firmius et stabilius esset . . . eisdem testibus et aliis nonnullis astantibus sine alicuius retractione, cum ramo et cespite . . . idem sancitum est rationabiliterque firmatum* (bei Grimm, RA. p. 131, und Beseler, Erbv. I. p. 262).

[5]) Dronke, cod. dipl. Fuld. nr. 446—448.

[6]) Erwähnt wird dies bei den ripuarischen Franken, Baiern und Allemannen; l. ripuar. tit. 60: *Si quis villam . . . comparaverit et testamentum accipere non potuerit, cum . . . testibus ad locum traditionis cum totidem numero pueris accedat et sic praesentibus eis pretium tradat et possessionem accipiat et unicuique de parvulis alapas donet et torqueat auriculas, ut ei in postmodum testimonium praebeant;* — l. bajuv. 10. 2. *Si quis vendiderit possessionem suam alicui, . . . aut per chartam aut pro testes comprobetur firma emtio; ille testis per aurem debet esse tractus, quia sic habet lex vestra;* — ib. 16. 2 und 5. — cf. l. alam. 94. — Grimm, RA. p. 141—146.

[7]) Dümge, Gerichtssymbolik p. 9.

[8]) Laband, Lehre v. d. Mäklern in Zeitschr. f. deutsch. R. XX. p. 15. 16.

Was die Qualität der Zeugen betrifft, so sah man darauf, dass sie wohlbekannte Leute, Ansässige und solche waren, welche am gleichen Orte Grund und Boden hatten *(testes cespitales)* [9].

In süddeutschen [10] Stadtrechten ist es nicht unhäufig, dass vom Gericht im Voraus Personen bestimmt und verpflichtet werden, aus denen man die zu allen wichtigeren Rechtsgeschäften nötigen Zeugen nahm, und deren nachheriges Zeugniss vollen Beweis sicherte. Speciell für Immobiliarveräusserungen erwähnt dieses Institut das Stadtrecht von Wiener-Neustadt, wo die zur Zeugenschaft verpflichteten Männer hundert betragen:

> cap. 73 (ed. Würth) *Centum viri debent esse testes in omnibus actionibus in civitate. Item ad evitandas etiam cavillationes impiorum et perjurorum testium falsitatem nec non et eorum improbitatem, qui justa et digna facta hominum injuste solent lapsu temporis retractare, statuimus in civitate centum viros fideliores de singulis vicis et prudentiores, quorum nomina notentur specialiter, quae semper juxta privilegia conserventur. — Hos ad hoc instituimus, ut omnis emtio vel venditio, pignoratio, donatio praediorum . . vel . . quodlibet negotium arduum . . . coram duobus vel pluribus illorum centum virorum celebretur et etiam peragatur.*

Die Zal der erforderlichen Zeugen war in den verschiedenen

[9] Pufendorf, observ. III. p. 298: *testes cespitales = terrae incolae, juris participes, ut in judicio provinciali consistendi jus haberent;* — Capit. miss. a. 805. c. 11 (Pertz I, p. 134): *Et de ipso pago, non de altero, testes eligantur, nisi forte longius extra comitatum causa sit inquirenda;* — Statut v. Medebach (Westfalen) a. 1165 (bei Gengler p. 282) § 23: *Qui possessionem wuorth alicuius sui concivis per sepem suam in aliquo decurtaverit, ille qui in usucapione hoc est angeweren habet, assumat duos concives suos, qui domos habeant, et juramento optineat; de hoc negotio nihil pertinet ad advocatum;* — Lübisch. R. cod. II. art. 85. 109. 110; ib. cod. III. (Hamburg) art. 268.

[10] cf. Laband, Lehre v. d. Mäklern p. 15. — Vielleicht trifft diese Einrichtung auch das Dortmunder Stadtrecht l. c. § 19, wo Brautmänner hinzugezogen werden, *ubicumque contractus legitimus fit.*

Volksrechten verschieden bestimmt [11]); sie geben als Minimalzalen 3—12 an [12]), das Maximum ist unbegrenzt, in Baiern kommen im IX. Jahrh. oft über 60 Zeugen vor [13]).

II. Gerichtlich war die Auflassung in ältester Zeit nicht. Die blosse Oeffentlichkeit vor Zeugen war das Ursprüngliche und Regelmässige. Diese wurde mit der Zeit in die Schranken einer Gerichtsöffentlichkeit eingeengt [14]). Letztere war anfangs blos facultativ und auf keinen Fall von jeher wesentliches Erforderniss oder sogar begriffliches Merkmal der Auflassung [15]). Wenigstens schreibt keines der Volksrechte ausdrücklich obligatorische Gerichtlichkeit vor, während einige beide Arten der Oeffentlichkeit alternativ zulassen [16]). — Die salische Affatomie [17]) war zwar

[11]) Bisweilen richtete sich auch ihre Zal nach der Grösse des Traditionsobjectes und nach der Wichtigkeit des Geschäftes, z. B. l. ripuar. tit. 60: *si mediocris res est, cum sex testibus et si para cum tribus, quod si magna cum duodecim ad locum traditionis cum totidem numero pueris accedat et sic eis praesentibus pretium tradat et possessionem accipiat;* — l. burg. add. I, 12 u. tit. 43.

[12]) l. sal. tit. 46 (cf. tit. 39. 56. 96) fordert 3 Zeugen; l. burg. tit. 60. 43 fordert 3, 5 und 7; l. alam. u. bajuv. verlangen 6; l. ripuar. tit. 59, 1 schreibt 7 und 12 vor. — Walter RG. 588. Brunner, Carta und Notitia p. 13. Anm. 39; Brunner, Gerichtszeugniss p. 141—144.

[13]) Häberlin, Meichelbeck p. 5.

[14]) Beseler, Erbv. I. p. 40; — Heusler, Gewere p. 9. — Den umgekehrten historischen Gang legt v. Bethmann-Hollweg, Civilpr. IV, p. 16 und p. 387 zu Grunde, indem die Gerichtlichkeit allmälig in aussergerichtliche Zeugenöffentlichkeit abgeschwächt worden sein soll.

[15]) Sohm, R. d. Eheschliessung p. 83. Anm. 15 gegen Laband, kritische Vierteljahrsschr. XV p. 410, welcher die Auflassung für „ein gerichtliches Urteil im Scheinprocess" erklärt, somit die aussergerichtliche Auflassung als einen Widerspruch in sich hält.

[16]) Grupen, Deutsche Altertümer p. 5; Schulte, Reichs- und Rechtsgeschichte II. Aufl. § 148; Walter, Deutsche Rechtsg. 544; v. Bethmann-Hollweg, Civilpr. IV p. 16. 378; Beseler, Erbvertr. I, p. 22, 38—43; Sandhaas, Germanist. Abh. I p. 22—30; Zöpfl, Deutsche Rechtsg. III. Aufl. p. 713; Michelsen, *festuca notata* p. 19 sehen die aussergerichtliche Vornahme teils als Regel, teils als häufige Ausnahme an, während Eichhorn, Staats- und Rechtsg. I. § 59 N. a. f. g.; Philipps, Grunds. d. gemeinen Privatr. I. § 15 p. 175; Albrecht, Gewere p. 64, cf. ib. Note 123, b; Zimmerle, Stammgutssystem p. 73 schon nach den Volksrechten die Gerichtlichkeit für ein Erforderniss halten.

[17]) l. sal. tit. 46; — cf. Walter, D. Rg. 588; Grimm, RA. p. 121; Zöpfl, RA. II p. 362 § 8; Sandhaas, German. Abh. p. 24; Beseler, Erbv. I.

wol stets gerichtlich; sie zerfällt in zwei Acte, deren erster im gebotenen Ding, während der zweite vor dem König oder im Echteding geschah. Aber da sie eine eigentümliche Art und Form einer Vergabung war, ist die Gerichtlichkeit besonders motivirt, was bei den allgemeinen und regelrechten Fällen der Auflassung nicht vorliegen würde. Das ripuarische Gesetz (tit. 59 und 60) unterscheidet aussergerichtliche und gerichtliche Tradition, giebt aber der letzteren den Vorzug, weil nur durch sie eine gerichtliche Beurkundung zu erhalten ist. Die *lex Saxonum*

> tit. 15. § 1. *Omnes traditiones et venditiones legitimae*[18]) *stabiles permaneant.*

lässt unklar, ob die Auflassung gerichtlich sein musste[19]). — Nicht einmal in den späteren Rechtsbüchern ist die Gerichtlichkeit allgemein erfordert. Nur der Ssp. verlangt sie als obligatorisch:

> I, 52. § 1. Ane erven gelof unde ane echt ding ne mut nieman sie egen noch sine lüde geven.

Mit ihm stimmt der Vermehrte Ssp.[20]). Dagegen stellt der deutsche Spiegel die gerichtliche und private Vornahme als gleich erlaubt nebeneinander.

[18]) „*legitimae*" ist verschieden übersetzt worden.
a. = gerichtlich, im echten Ding vorgenommen (Sandhaas, Germ. Abh. p. 25; — Eichhorn, D. Privatr. § 172 Note b; — Zimmerle, Stammgutss. p. 40; — v. Bethmann-Hollweg, Civilpr. IV. p. 16).
b. = *lege permissae* (Lewis, *de orig.* p. 29).
c. = in gesetzlicher Form und Erlaubtheit, wobei man an ein Gericht nicht notwendig zu denken braucht; so ist auch im Capit. Ludov. I. a. 819 c. 16 „*legitima traditio*" mit gutem Sinn durch gesetzliche Auflassung übersetzbar . . . cf. Häberlin, Meichelbeck p. 197—200.

[19]) Ist die Gerichtsauflassung unmöglich, so ist jedenfalls Auflassung vor Zeugen dafür statthaft, so z. B. wenn der Veräusserer ausser Landes war. Cap. Ludov. I. a. 819 c. 6 — — *Quod si eodem tempore, quo illas* (sc. *res suas*) *tradere vult, extra eundem comitatum fuerit,* — — — *adhibeat sibi vel de suis pagensibus vel de aliis, qui eadem lege vivant, qua ipse vivit, testes idoneos* — — — *et coram eis rerum suarum traditionem faciat.* — cf. Capit. ad. leg. Sal. a. 803 c. 6.

[20]) Vermehrt. Ssp. (Ortloff) I, 45, 1; 39, 3; 39, 4; 25, 1.

art. 26: die gabe heizet stete, die vor dem richter geschit, die heizet och stete, die mit der srift geschit; die ist allerstetest, die mit der wer geschit.

Das kleine Keyserrecht scheint sogar nur die Auflassung vor Zeugen zu kennen (vor Keisers ougen)[21]. — Nach den älteren Handschriften des Schwsp. stehen gerichtliche und aussergerichtliche Auflassung einander gleich; erst in den späteren ist der entscheidende Satz des Ssp. I, 52, § 1 zur absoluten Herrschaft gelangt:

Lassb. 22, I, Wackern. 349: Ane des vogts ding mag nieman seyn eigen hin geben, das es krafft mug haben.

aussergerichtliche Vergabungen auf den Todesfall blieben aber auch darnach noch erlaubt und gültig[22].

In den Stadtrechten gelangte schneller die Vorschrift der obrigkeitlichen Administration zur Aufnahme. Denn hier kamen zu den allgemeinen Gründen, aus welchen der gerichtlichen Auflassung der Vorzug zu geben ist, noch besondere hinzu. Allgemein gibt die Gerichtlichkeit der Veräusserung eine grössere Sicherheit, weil ein Gerichtsact formell und materiell höhere Garantie gewährt[23], als ein aussergerichtlicher, und weil in Folge desselben die Contrahenten das unanfechtbare Gerichtszeugniss erhalten konnten. In den Städten kam hinzu, dass man bei der Verwaltung der Stadt und der Besteuerung der Stadt-

[21]) II, 106: der gut hat verkoufft es sy eigen oder erbe und hat burgen gesaczt, jar und tag recht wehrschaft zu tun, hat er diz gut ufgegeben un vorzigen vor des keisers ougen an dem tage und hat den dar in gesatzt, der es gekoufft . . . hat. — Zum Verständniss dient II, 92: Der gut hat gekoufft oder kouffen will, der sal ez kouffen vor des keisers ougen, daz ist vor den luten, die das wiszen, wie der daz gut dar hat braht der ez verkouffen will; und sal ez koufen uf der lute wort und nicht uf dez der ez verkouffen will . . . — cf. Schulte, Deutsche Rg. § 148. Anm. 23; — Sandhaas, German. Abh. p. 32 sqq.

[22]) Schwsp. art. 311 § 1. § 8. — cf. Sandhaas, German. Abh. p. 34; — Merkel, *firmare* p. 173. 174.

[23]) Seibertz, UB. I. nr. 288. 324 (a. 1254. 1262); — Löning, Vertragsbruch p. 526; — Heusler, Gewere p. 9; — Laband, Vermögensr. Klagen p. 244; — Stobbe, Z. Gesch. d. Vertragsr. p. 74; — Sohm, R. d. Eheschliessung p. 83 Anm. 15.

güter über die Person des Eigentümers gewiss sein wollte, dass wegen des complicirten Stadtlebens ein Bedürfniss dieses besonderen Schutzes der Immobiliargeschäfte vorlag, und dass besonders die an die gerichtliche Vornahme geknüpften Gebühren als financielle Einnahmen nicht unterschätzt wurden[24]). — Gerade die wichtigsten und durch Bewidmung weit verbreiteten Stadtrechte schreiben die Gerichtlichkeit der Auflassung als wesentlich und notwendig vor[25]). In vielen Städten war aber das Recht, die Auflassungen vorzunehmen, an den Rat[26]) gekommen, sei es, dass diesem zugleich eine Gerichtsbarkeit zustand, oder dass die Auflassung aus einem Gerichts- zu einem Verwaltungsacte geworden war[27]).

Dort, wo die Gerichtlichkeit der Auflassung obligatorisch vorgeschrieben ist, ist sie für die Gültigkeit derselben wesentlich; aussergerichtliche Auflassung ist dann unwirksam,

z. B. Münchener Stadtr. art. 205. (Pfandsatzung): Swer guot auf der erde hat, daz nicht varentz guot ist, und se pfant setzen will, der soll daz tuon

[24]) Sandhaas, German. Abh, p. 13, 35.

[25]) Soester Stadtr. a. 1120 art. 34. 32; — sächs. Weichb. art. 55. 61 (Gaupp, Magd. R. für Görlitz a. 1304 art. 21. 22. 34. 62. 76. 83); — Goslarer Statut 26, 17—19; 110, 35 (Pfand); 24, 6—10 (Zinsgut); — Münchener Stadtr. a. 1347 art. 31, 267, 512; art. 32, 205 (Pfandsatzung); — Augsburger Stadtr. a. 1276 p. 376, 377, 141, 265, 334; — Bamberger Stadtr. (Zöpfl) § 55; — Freiberger Statut art. 101, 120; — Lauenburger Statut p. 328 (Pufendorf, observ. III, p. 328); — Privileg für Braunschweig a. 1314 § 65 (Gengler p. 40); — Quedlinburger Stadtr., ed. Homeyer, p. 53, 24; — Alt-Culm R. III, 100 (Leman); — Dortmunder Stadtr. a. 1397 (Dreyer, Nebenstunden 423); — Ruprecht v. Freising, cap. 32 (v. Maurer); — Für Mainz: Guden II. nr. 450. 452, 456 (a. 1307, 1311, 1326).

[26]) Lübisch. R. cod. II, 36, 24, 23; III, 85, 248; IV, 85. (Hamburg); — Statut f. Arnsberg bei Seibertz, UB. III nr. 955; — Görlitzer Willküren a. 1433 § 6 (Gengler p. 156); — Statut f. Blankenburg a. 1594 (Walch V. p. 84); — Statut f. Rudolstat a. 1594 (Walch V p. 33); — Statut f. Schemnitz a. 1235 bis 1275 nr. 11 (Bischoff, Oesterr. Stadtr. p. 140); — Vermehrter Ssp. I, 45, 1; — Erlass Herzogs Rudolf für Wien (Wiener Stadtr., ed. Schuster, p. 29). — cf. Beseler, Erbv. I, p. 43; — Walter, D. Rg. 546; — Albrecht, Gewere p. 66 und Anm. 131; — Homeyer, Stadtbücher d. Mittelalters p. 18. 39.

[27]) cf. Laband, Krit. Viertelj. XV p. 410.

öffentlich vor gericht . . . swer es anders setzet, so ist es nicht pfant.

und derjenige, welcher ohne Gerichtsauflassung erworben, hat kein Recht auf die Sache erlangt [28]). — In gleicher Weise ist kraftlos die von einer incompetenten Behörde vorgenommene Auflassung [29]).

In Wismar ist das Verbot der aussergerichtlichen Auflassung als vollkommene *lex perfecta* mit einer Strafsanction versehen, indem demjenigen, der nicht vor dem Rate tradirt, Geldstrafe angedroht ist:

Ratswillküre für Wismar a. 1296 (Mekl. Urk.-Buch III. nr. 2373): *Decreverunt consules, quod quicunque vendere vel gratis dare suum juier (jugerum) voluerit, coram consulibus resignabit; quicunque contra fecerit, talentum consulibus dabit* [30]).

III. Zeugen- und Gerichtsöffentlichkeit brauchten sich aber in ältester Zeit nicht notwendig hinsichtlich des Ortes zu unterscheiden. Ursprünglich war das ordentliche Gericht nicht an einen bestimmten Ort gebunden; unter freiem Himmel stattfindend, konnte es bald im Walde, bald auf einer Wiese abgehalten werden [31]), wenn auch sehr bald aus Gewohnheit meist ein und derselbe Platz, die Malstätte, dazu erwält wurde [32]). Also konnten auch die gerichtlichen Auflassungen ausserhalb der gewönlichen Gerichtstätte vorgenommen werden, z. B. auf dem Grundstücke

---

[28]) Schöffenurteile a. d. Dresd. Handschr. M. 34, b cap. 61 (Wassersch., D. Rechtsqu. p. 202); — Brünner Schöffenbuch 326.

[29]) Brünner Schöffenbuch 325: *Hereditatum traditio solum fieri debet coram judice et juratis: unde quod resignationes mensarum panum et mâcellonum fieri consueverunt coram magistris pistorum, carnificum, quando in czechis sive sectis suis se congregant, hoc nullam juris obtinet firmitatem* — u. s. w.

[30]) War die Veräusserung als solche schon verboten (z. B. wenn sie an Auswärtige geschah), so besteht die verschärfte Strafe darin, dass nun *„de illis bonis consules se intromittere deberent, et per consequens omnibus bonis suis et propria sua vita privandus esset"*. (Ratswillküre für Wismar a. 1323 MUB. VII. nr. 4464.)

[31]) Grimm, RA. p. 793 sqq.

[32]) Siegel, Gesch. d. deutsch. Gerichtsverf. p. 97.

selbst [33]) oder bei einem Tausche zweier Grundstücke auf einem in der Mitte zwischen beiden gelegenen Platze [34]); Zuwendungen an die Kirche insbesondere geschahen sehr oft in der Kirche auf dem Altar vor der geistlichen Behörde, dem Bischof oder Vogt [35]), vor Clerus und Volk [36]), vor Convent und Capitel [37]), auf der Synode und in Gegenwart des die Diöcese zur Visitation bereisenden Bischofs [38]).

Als der Gerichtsort ein bestimmter wurde, besonders als allgemein gedeckte Gerichtslocale eingerichtet wurden [39]), hörte auch der Wandel der Dingstätte von selbst auf, und wurden die an aussergewöhnlichen Orten stattfindenden Gerichtsauflassungen seltener. In den Städten ist fast [40]) durchgehends ein

[33]) l. rip. tit. 60 § 1; — Meichelbeck I, 2 nr. 551. *Actum est haec traditio* (sc. *hereditatis in loco, quae dicitur Poah) in ipso loco, quae dicitur Poah;* cf. ib. I, 2 nr. 550. 607; — Walter, Rg. 546; — Heusler, Gewere p. 7; — Grimm, RA. p. 607; — cf. Sohm, Gerichtsverf. p. 301. 303.

[34]) Meichelbeck I, 2 nr. 1351 (X. Jahrh.).

[35]) Meichelbeck I, 2 nr. 32. 492 (a. 825). — cf. Heusler, Gewere p. 17. 18; Merckel, *firmare* p. 153. 154.

[36]) Meichelbeck I, 2 nr. 421 (a. 828): *adsumpsit H. parentes et propinquos, tulit cespites . . . in claustro virginis Mariae et veniens ad domnum Hittonem episcopum, ibique coram cuncto clero atque populo ad hanc solemnitatem congregato accessit ad altare S. Mariae;* — ib. I, 2 nr. 13, 19, 20, 25, 26, 28, 33.

[37]) Seibertz UB. I nr. 70 (a. 1176). *Notum ergo volumus esse quod hanc traditionem prefate ecclesiae solempniter fecimus in capitulo Corbeiensi, coram cunctis fratribus nostris.* — ib. I. nr. 155 (a. 1220): *ipsam villicationem in manus nostras sub totius conventus nostri presentia et conniventia cum uxore sua U. resignavit.*

[38]) Meichelbeck I, 2, nr. 395 (a. 819) *omnibus simul audientibus in publico synodo Frisinga congregato ibique coram cuncta congregatione accesserunt ad altare — ipse M. et tradidit.*

[39]) cf. Capit. I. a. 819. § 25. — Grimm, RA. p. 806.

[40]) Volle Freiheit, an jedem Orte gerichtlich aufzulassen, gestattet das Freiberger Stadtrecht 177: Item wenn er Gericht sitzet, . . . er soll Urthel fragen, und was ihm geteidiget wird, das soll er richten nach Recht, wenn er denn also bestätiget wird, von den Bürgern, wo er denn ist, in dem Weichbilde, vor der Stadt, oder in der Stadt, oder in den Gassen, oder in den Häussern, auf den Markte, oder wo es ist, da ist Gericht, . . . und hat dieselbe Kraft als in den Bänken, und wo man Eigen und Erbe vor ihm aufgibt, in den Weichbilde, wo das ist, das hat also krafft, als in den

Ort, wo allein Gerichtsacte vorgenommen werden dürfen; höchstens im Notfalle darf eine Ausnahme gemacht werden, z. B. zur Pestzeit [41]).

II. Die Symbole.

§ 8.

Wesen und Zweck.

Dass die Gerichtlichkeit der Tradition schneller zur allgemeinen Aufnahme gelangte, war wesentlich mit die Folge des Gebrauches von Symbolen. Solche sind eigentlich [1]) erst nötig bei dem symbolischen Realcontract, wo man durch sie das Grundstück selber darstellte. Anfangs tat man dieses nur, wenn man die Tradition nicht auf dem Grundstücke selbst vornehmen konnte, z. B. wenn man sich ausserhalb der Grafschaft befand; später jedoch fand diese Symbolik ausgedehntere Anwendung auch auf diejenigen Fälle, in welchen man blos zur Erleichterung oder Sicherheit die Tradition nicht auf dem Grundstück vornehmen wollte, z. B. bei den Vergabungen an die Kirche, welche auf dem Altare stattfanden; besonders griff man zu dieser Symbolik, um die gerichtliche Tradition auch an der ordentlichen Gerichtsstätte zu vollziehen [2]). Gerade diese durch den Gebrauch der Symbole ermöglichte Loslösung der (— eventuell schon gerichtlichen —) Tradition vom Grundstücke ersparte manche Umstände und trug wesentlich zur Erleichterung und Verbreitung der Gerichtlichkeit bei.

Bänken; — cf. ib. 178. 179. meistens wurden sie aber auf dem Grundstücke selbst vorgenommen, ib. art. 51 (art. 91. 93 für Pfändung).

[41]) Bocholder Stadtr. § 60 (Archiv f. Gesch. u. Altertumsk. Westfalens III. 1828).

[1]) Zwar kommen schon bei dem ursprünglichen Realcontract durch reale Vestitur symbolische Handlungen vor, um die sonst blos *„oculis et affectu“* vollziehbare Besitzübergabe der Immobilie sinnenfällig zu machen; sie stehen aber mit dem Contracte und dem Contractsobjecte selbst nicht in directer Beziehung, sondern dienen blos der Vertragsform, um dieser symbolisch Ausdruck zu verleihen.

[2]) cf. h. l. § 7. III. und Einleitung p. 2—4.

Das Symbol ist noch Besitzsymbol; da man aber in der Folge durch dasselbe mehr das Recht selbst versinnbildlichte, wurde es zum Träger des unwahrnehmbaren juristischen Ideengehalt, zum Rechtssymbol. Als solches konnte es sogar in einigen Fällen allein aufgefasst werden, z. B. wenn man dem Lehnsmann, Precaristen, die das Gut bereits innehaben, dasselbe nun zu Eigen tradirte, oder wenn man blos zu Eigen tradirte, den Besitz aber für sich zurückzubehalten ausbedang. Damit wurde der Contract aus einem realen zu einem formalen. In der Tradition des Symbols vollzieht sich, wie ehedem in der auf dem Grundstücke selbst vor sich gehenden realen Vestitur, der innerliche Rechtsübergang auch äusserlich [3]). Daneben blieb diese reale Vestitur; sie diente aber nur noch für den Besitzwechsel. Auch sie geschah symbolisch, allerdings nicht notwendig in der zweiseitigen Form der Uebergabe (Vestitur i. eig. Sinne), sondern statthafter Weise auch durch einseitigen Apprehensionsact (Selbstinvestitur).

Als schliesslich der Formalcontract sich in seinen inneren Rechtsinhalt (Rechtsgeschäft, Sala) und in die äussere Form (Formalact der Tradition) teilte, verblieben die Symbole bei dem Traditionsacte als solchem, wenn dieser auch meist [4]) die unmittelbare und ungetrennte Fortsetzung der Sala bildete und diese selbst in sinnlicher Illustration erst abzuschliessen schien [5]).

Für die Besitz- und Rechtsvestitur konnten gleichwol dieselben Gegenstände als Symbole zur Anwendung kommen. Denn nur der Sinn, welchen man in sie legte, macht ihren symbolischen Character aus; der Zweck der Verwendung gibt dem Symbol erst seinen Inhalt [6]). Derselbe körperliche Gegenstand

[3]) Du Cange III. p. 883: *fiebant traditiones . . . per symbola quaedam, quae rei in alterius dominium translationem factam reapse denotarent.*

[4]) nicht immer, z. B. nicht bei der Gerichtstradition, wo Sala und Tradition durch das scheinprocessualische Urteil auseinander gehalten wurden.

[5]) cf. dagegen die Entwickelung der Symbole bei Heusler, Gewere p. 21. 22.

[6]) Der deutsche Sinn verstand fast Alles als Symbol zu benutzen: Du Cange III. p. 883: *Denique quidquid ad manum fuit, posthabitis veteribus traditionum formis, . . . ad investiturarum symbola adhibitum*

kann daher so oft Symbol sein, als er zu verschiedenen Zwecken symbolische Verwendung findet [7]). Aus diesem Gesichtspunkte allein ist die Einteilung der Symbole durchzuführen [8]), deren sich so viele Klassen ergeben müssen, als es verschiedene Momente bei der Eigentums- und Besitzübergabe gibt, welche einer Symbolik bedürfen.

---

fuit; — besonders an Symbolen reich ist die 400jährige gesetzesarme und gewohnheitsreiche Zeit vor dem Ssp.; bis in unser Jahrhundert haben sie gewohnheits- und particularrechtlich nachgelebt, so in Mecklenburg (Hausmarken), Dänemark, Belgien, Schleswig, Oldenburg, Sachsen, Baiern (— cf. Michelsen, *festuca not.* p. 22—25; Zöpfl, RA. II. p. 373 sqq.; Sohm, Z. Gesch. d. Aufl. p. 37. Anm. 52 —). Aber trotz ihrer Mannigfaltigkeit und Ortsverbreitung sind die gebräuchlichsten Symbole bei allen Nationalitäten während der ganzen Zeit die gleichen gewesen (— Du Cange III. 883: *adeo, ut paene eadem apud omnes gentes forma ac formula fuerit* —). Falls bei einer Handlung Personen verschiedener Nationalitäten beteiligt waren, die nicht die gleichen Symbole hatten, so richtete sich der symbolische Brauch nach der Nation des Veräusserers. (Zöpfl, D. Rg. p. 718.) — Nach Heusler, Gewere p. 20 und Anm. 1 ib. soll das Symbol i. e. S. stets nur ein Teil des Ganzen sein.

[7]) So erklärt sich auch die Doppelsinnigkeit einiger Symbole, bei Grimm, RA. p. 202.

[8]) Einteilungsversuche der Symbole:

1) *stata ac fixa (naturalia), usu ac moribus definita, quidquid ad manum fuit.* — Du Cange III. p. 883; — Gatterer, elem. art. dipl. §§ 168. 247.
2) Symbole, „die schon ihrer äusseren Gestaltung nach notwendig als Vertreter der Sache selbst erscheinen" (Erde, Ast), und solche, „die es ihrer äusseren Erscheinung nach sein können" (Stab, Handschuh). — (Sandhaas, Germ. Abh. p. 43. 44.)
3) Symbole, die zur Uebertragung von Grundeigentum und von Aemtern (private, staatliche, kirchliche) dienen. — (Gatterer l. c.)
4) Traditions- und Investitursymbole. — Dagegen: Sandhaas l. c. p. 41; Beseler, Erbv. I. p. 30; Sohm, Z. Gesch. d. Aufl. p. 24 und Anm. 32, a.
5) Symbole, die sich nur auf den Erwerber oder auf beide Contrahenten beziehen. — Grimm, RA. p. 557.
6) Apprehensions- und Auflassungs-Symbole, je nachdem das Symbol vom Empfänger der Vestitur genommen oder vom Veräusserer fortgeworfen wird. (Sohm, Z. Gesch. d. Aufl. p. 34. Anm. 46.)
7) Symbole für den Besitzwechsel (Rasen und Reis), den Eigentumsübergang *(festuca* und *cultellus)*, die Beurkundung *(atramentum* und *carta)*, die Gewährschaftslobung (wante und andelang). — Michelsen, *festuca not.* p. 17. 18. 26, dazu Zöpfl, RA. II. p. 352.

§ 9.

Einteilung in 4 Klassen.

Die drei Hauptklassen bilden nun die Enteignungs-, Traditions- und Aneignungssymbole. Als vierte weniger wichtige Klasse kommen die Hülfs- oder Nebensymbole zu diesen hinzu.

I. Klasse.

Die Enteignungssymbole.

Sie haben keine directe Beziehung zum Erwerber und dienen zunächst nur der Selbstenteignung. Weil diese selten ist, sind auch die hierzu vorkommenden symbolischen Formen spärlich. Man nahm z. B. einen Schluck Wasser [1]), oder machte eine entsprechende Bewegung mit dem Finger oder der Hand [2]), oder liess den zusammengefassten Rockschoos zur Erde hin sich entrollen *(pileum vestimenti terratenus ejectum)* [3]).

Alle diese Acte drücken nur das Aufhören des Eigentums aus, sie sind Verzichtshandlungen [4]). Um den Uebergang desselben selbst zu symbolisiren, reichen sie nicht aus. Erst durch die Cumulation mit andern Symbolen wird ihr einseitiger Character ergänzt, z. B. wenn der zur blossen Entsagung ausgezogene Schuh mit Erde gefüllt übergeben wird [5]).

---

[1]) Grimm, RA. p. 190; — cf. Zöpfl, RA. II. p. 352; — Michelsen, *festuca not.* p. 23.

[2]) Schannat, vindem. I, 41 (post a. 1024): *fecit abnegationem praedii . . . primo incurvatis digitis secundum morem Saxonicum.* — cf. Grimm, RA. p. 137—142.

[3]) Grimm, RA. p. 158—160.

[4]) Sie symbolisiren nur die eine Hälfte der Tradition, nämlich die Auflassung als die Entsagung, den Rechtsverzicht, die Lossagung vom Gute. (cf. Brunner, Gerichtszeugniss p. 161; und Sohm, R. d. Eheschliess. p. 83. Anm. 15.) Auf sie beziehen sich die Ausdrücke *abdicare, abnegare, renuntiare, werpire, exutum se werpire,* aufgeben, sich quit, ledig und los sagen. (Grimm, RA. p. 556.)

[5]) d'Achery spilic. 1, 558 (bei Grimm RA. p. 156, 4): *devestitura per caligulam impletam de terra et virgulam de viridario.*

Aber nicht nur in Folge dieser Ergänzung, sondern auch aus sich allein kamen einige zur Vollkommenheit von zweiseitigen Uebergabssymbolen. So warf man die mit der Hand aufgegriffene Erde ursprünglich blos zu Boden, später erst gegen den Erwerber. Auch der Grundgedanke der *Festuca* geht ursprünglich nur auf Entsagungen [6]); hierdurch unterschied sie sich vom *Baculum*, dem officiellen Gerichtsstabe. Allmälig aber wurde sie regelmässiges und zweiseitiges Traditionssymbol, ein *„signum et symbolum traditionis vel translatae possessionis."* (Carpentier.)

II. Klasse.

Die zweiseitigen Traditionssymbole.

Die zweiseitigen Traditionssymbole zerfallen in natürliche und abstracte.

Die natürlichen sind die verständlichsten und ältesten: sie waren stets Teile des zu tradirenden Grundstückes, für welches sie figürlich gegeben wurden. Wesentlich war ihr bestimmtes Herkommen vom Traditionsobjecte; notwendig wurde durch das Grundstück das Symbol specialisirt [7]).

Die abstracten Symbole dagegen stehen mit dem Grund und Boden in keiner äusserlich-materiellen Verbindung [8]), sind

[6]) Sie ist Symbol für alle Verhältnisse und Gelübde, „wo irgend etwas aufzugeben, freizugeben, zu verzichten ist". So entsagte mit *festuca* bei den Franken die Braut der Familie des Vaters, oder dieser der Tochter, nachdem man über Kaufpreis, Brautgabe und Mitgift einig war. Jungfrauen entsagten der Welt und widmeten sich Gott, indem sie den Halm zum Himmel warfen. Auch bei der Verwerfung Karls des Dicken spielte die *festuca* diese symbolische Rolle. Ademar. Caban. p. 164 (bei Michelsen. *festuca not.* p. 16): *(— proceres Francorum —) congregati in campo more solito ad tractandum de publica regni utilitate, unanimi consilio, pro eo, quod ignavae mentis erat idem rex, festucas manibus projicientes, rejecerunt eum, ne esset iis ultra.* — Grimm RA. p. 127. Anm. 1. p. 430. 431; — Walter, D. RG. p. 554 und 557.

[7]) Michelsen, *festuca not.* p. 20; — Grimm RA. p. 127. Anm. 1.

[8]) Gatterer, elem. art. dipl. art. 168. § 247. *arbitraria symbola, quae posthabitis vetustioribus traditionum formis introducta sunt, Cangio ea dicuntur, quae neque legibus moribusve erant definita, neque cum rebus traditis cognationis aliquid habebant.*

also namentlich keine Teile desselben. Erst durch den in sie hineingelegten symbolischen Zweck erhalten sie ihre rein innerliche Beziehung zum Acte und Objecte.

A. Die natürlichen zweiseitigen Traditionssymbole.

I. Erde und Stein.

Ursprünglich hob man Erde auf [9]) und warf sie als Zeichen der Entäusserung zur Erde hin, später auf den Erwerber, meist in dessen Rockschoos [10]), ein für die altnordische *Scotatio* characteristisches Verfahren [11]).

Aus dem Werfen wurde ein Legen und aus dem Legen ein Uebergeben in die Hände [12]). Darum ward es nötig, dass der lose Staub feste Form bekam, z. B. als Rasen, Scholle und Torf [13]).

Als natürlichstes und einfachstes Symbol war es allgemein verbreitet bei den Franken, Alamannen, Baiern, Burgundern, Sachsen, Westgoten und Skandinaviern [14]); zugleich war es

---

[9]) l. sal. tit. 48.

[10]) Verelius 229a (bei Grimm RA. p. 116) *sköta, certa caeremonia fundum venditum in potestatem emptoris transferre, ita ut pulverem fundi venditi in gremium eius conjiciat.*

[11]) Stornhöök 234—237: *rex particulam ex terra venali in sinum emtoris excutiebat; — ad hunc modum olim etiam privati contraxerunt, manibus assistentium extenso emtoris pallio, in quod terrae modicum venditor conjiciebat, cum solenni alienandi formula.* — Grimm, RA. p. 115. 116.

[12]) Innocenz III. decretal. 1, 4 (a. 1199).

[13]) Torf ist niederdeutsche Benennung der ausgestochenen Scholle (Grimm RA. p. 114). — Uebertrieben ist die Vorschrift einer bestimmten Form, z. B. dass es eine rundliche, vierfingerbreite Scholle mit hineingesteckten Gräsern sein müsse: Du Cange III. p. 884 *huiusmodi cespites cum sua festuca multis in ecclesiis servantur, Nivellae et alibi, justae magnitudinis, forma quadrata vel etiam laterculari;* — Wendelin. ad eg. sal. s. v. festuca: *cum fundus . . . venditur, vetus eius dominus cespitem ex illo fundo fodit cultro, non quadratum, sed orbiculatum, latum quoque versus digitos quatuor, cui, si pratum est, infigit herbam, si ager ramusculum quatuor circiter digitos altum, hac imagine fundum repraesentans.*

[14]) Canciani, leg. barb. II. 474a; — im lüb. R. cod. I, 3. heisst solcher

dasjenige Symbol, welches, als alle übrigen bereits abgeblüt waren, noch bestand, allerdings nicht mehr in der festen Gestalt des Rasens, sondern wieder aufgelöst und zurückgegangen zum losen Staub [15]).

Wie man Grund und Boden *per terram, glebam, cespitem* tradirte, so tradirte man Baulichkeiten insbesondere durch das Symbol des Steines [16]).

II. Zweig [17]) und Span [18]).

Der Zweig war das Symbol der Holzung, frisch und grün vom Grundstück selber [19]). Sehr oft kommt er mit dem Rasen zusammen vor, sowol unverbunden, als auch in denselben hineingesteckt [20]). „Mit Torf und twige" ist stehende Formel. — Der Span kommt nur bei Haustraditionen vor, er wird dann aus dem Türpfosten geschnitten und dem Erwerber überreicht;

Grund und Boden hiervon *cespitalitas,* torfachteghen. — Grimm RA. p. 120. 101. 201, 5; — Michelsen, *festuca not.* p. 21; — Gatterer, elem. dipl. art. 168. § 246.

[15]) Michelsen, *festuca not.* p. 23—25: z. B. über die Tradition von Rittergütern in Schleswig-Holstein, „es pflegt aber jetzt, wie ich es selbst mitangesehen habe, eine Schüssel mit Erde von dem zu übergebenden Gute sammt einem Baumzweige und einem Glase Wasser überreicht zu werden".

[16]) *Per lapidem, cum marmore, per particulam marmoris, per particulam marmorei lapidis.* Dieser Marmor ist gleichwol daselbst gefundener Kiesel: Du Cange III. p. 890: *accipiens in manibus suis particulam marmorei lapidis, quae ibi reperta est . . .*

[17]) *Per virgam, virgulam (virg. argenteam), cum ramo olivae virentis, per ramum filgerii, per lignum, per ozilium, per ramum vimineum, per folium nucis;* — mit Reis, Rebe, Ast u. s. w. (Du Cange III. p. 885, 888—892).

[18]) *Per haspam, juncum.* — Du Cange III. p. 632, 888, 924. — Gatterer, elem. art. dipl. p. 176. — Grimm, RA. p. 174.

[19]) Meichelbeck. I, 2 nr. 492: *abscisso propriae arboris ramo.* — Hildesheimer Statut § 3. „wann ainer an ein gut vor den meierding soll angesetzet werden, muss solches von dem meierdingsgreven mit darreichung eines grünen zweiges geschehen. — Erbacher Landr. a. 1520 und Torgauer Statut bei Grimm, RA. p. 131.

[20]) l. alam. 84: *ramos de arboribus insignant in ipsam terram;* — Du Cange III. p. 889—891; — Grimm, RA. p. 110. 130.

aber meistens begegnen statt seiner die symbolischen Apprehensionsformen durch Anfassen der Türe und Betreten der Schwelle [21]).

III. Wasser.

Nur wenn man einen Teich allein verräusserte, mag *„per aquam, per amphoram plenam aquae maris, per pisces ex eius piscaria* und mit einem Glase Wasser“ [22]) tradirt worden sein. Sonst kam dieses Symbol nur in Verbindung mit Erde, Ast und Stein vor, um mit symbolischer Vollständigkeit ein Gut, welches, „in velde, in water, in weyde„ in torue, in twige“ liegt [23]), zu übergeben [24]).

B. Die abstracten zweiseitigen Traditionssymbole.

Erste Hauptgruppe: Private.

I. Hand und Handschuh, Finger und Ring [25]).

Mit der Hand wird die Entsagung des eigenen Rechtes und der Schutz, den man dem Erwerber gewähren will, symbolisirt. Zum ersteren Zweck geschieht eine den Act illustrirende Handbewegung, man entsagt „mit wegwerpende hand en sprekende

[21]) *Traditio per anaticulam, ostium et superliminarem.* Letztere werden sogar, obwol sie blos einseitige Acte des Erwerbens sind, in der Reihe der beiderseitigen Symbole mitaufgezält, z. B. Du Cange III. l. c. a. 951: *Ideo constat me . . . per festucam et gazonem et per ramos de arboribus et per ostium domorum vendidi et manibus meis tradidi atque investivi;* — cf. form. Lindenbr. pr. 154. 156; Bignon. 134, 152. — Meichelbeck I, 2 nr. 538 (a. 829). — — — Häufiger kommt der Span bei Pfändungen vor, wo bei der Vergantung vom Frohnboten ein Span ausgeschnitten und dem Gläubiger gebracht wird. — Münchener Stadtr. art. 503. III. 2. § 9 und p. 132—134 (Auer). — Osterloh, bürg. Proc. nach sächs. R. 1844. II. § 363.

[22]) Du Cange III, p. 891; — Michelsen, *festuca not.* p. 23—24; — Zöpfl, RA. II. p. 352.

[23]) Seibertz, UB. II. nr. 511.

[24]) Grimm, RA. p. 201, 5.

[25]) *Per manum, manus, digitum, pollicem; — per andilaginem, chirotecam, wantonem, manicam, pro manice bererino* und *cervino* (Biber- und Hirschlederhandschuh); — *per annulum.* — — — Andilang und Wanto

mond“ [26]). Hierin ist das Symbol originär, nicht etwa „eine Erkältung oder Vereinfachung des früheren Zweig- oder Halmreichens“ [27]). Den Schutz [28]) verspricht man meist so, dass man die Finger, als den ausdrucksvollsten Teil der Hand krümmt [29]), erhebt [30]) oder aufstösst [31]).

Ring und Handschuh haben denselben Doppelzweck. Den Handschuh, die Rüstung der Faust, welche zur Kampfforderung hingeworfen wurde, zog man zum Zeichen der Entledigung seines Gutes aus [32]) und warf oder reichte ihn dem Erwerber zu [33]). Wurde er in Verbindung mit andern Symbolen tradirt, so steht er als das Schutzsymbol meist an letzter Stelle, so zugleich auch auf die Gewährsleistung der Tradition hindeutend [34]).

---

stehen oft in realer Tautologie. Andilang (andilangus, andelagos, andilagon, wandelag, wandilang, altfranz. gantilay, gangtlai, engl. gauntelet) bezeichnet den Händschling, der aus einer Binde zur Abwehr und Deckung im Handgemenge entstanden ist. Die Franzosen nennen noch fortwährend chirurgisch eine Handbinde „gantelet, sorte de bandage, qui enveloppe la main“. — Gengler, Germ. Rechtsdenkm. p. 738. Anm. 26. will es mit Handreichung übersetzen. — Wanto (romanisch wadros, guanto, guante, gan; germanisch wante, ein noch heute in Skandinavien und Niedersachsen bekanntes Wort) wird von Beda als „tegumena manum“ bezeichnet, „quae Galli chirotecas vocant“. — cf. Zöpfl, RA. II. p. 467. Anm. 3, p. 351; — Zöpfl, RG. p. 154m Note 11; — Michelsen, festuca not. p. 18. 26—28; — Grimm, RA. p. 152, 199.

[26]) In Belgien noch im 18. Jahrh. Sohm, Z. Gesch. d. Aufl. p. 37. Anm. 52.

[27]) Grimm, RA. p. 138, 2. p. 140; — Michelsen, *festuca not.* p. 10.

[28]) Auch die römische Manus drückt Schutz und Gewalt aus.

[29]) Schannat, vindem. 1, 41 (post a. 1024).

[30]) Leukfeld, ant. halberst. p. 703 (a. 1114): *tradens . . . eadem praedia cum consensu uxoris suae et filiorum suorum, scilicet uxore sua cum elevatione digiti.*

[31]) cf. Sandhaas, Germ. Abh. p. 67; — Albrecht, Gewere p. 69; — Meichelbeck I, 1 p. 59.

[32]) cf. Heusler, Gewere p. 21. 22.

[33]) Oft wurde er, um Gott förmlich zum Zeugen der Tat zu machen, in die Höhe geworfen, z. B. Guden 3, 1045 (a. 1129) werden Güter an eine Kirche gestiftet mit *„chiroteca in altum quasi ad deum projecta“*. — Continuator Mart. Pol. in Ecc. corp. hist. I. nr. 20 p. 1424: *Conradinus ante suam decollationem omnia jura sua, quae habebat in Sicilia et Apulia consanguineo suo Petro Regi Arragoniae legavit et publice per suam chirotecam projectam in aere resignavit.*

[34]) Grimm, RA. p. 179; — Zöpfl, RA. II p. 352; — Dümge, Gerichtssymbolik p. 1—9.

II. Festuca und Baculum [35]).

Die *Festuca,* schon frühe [36]) zu den verschiedensten Geschäften [37]) in verschiedener Weise verwendet [38]), allgemein ausser in Sachsen und Friesland gebräuchlich [39]), ist ein Mittelding zwischen einem Halm und dem Gerichtsstabe [40]). Sie ist wol ein hölzerner, ungefähr zolldicker Stab von einem halben Fuss Länge, welcher mit der Hausmarke, Inschriften oder sonstigen Zeichen versehen ist. Daher wird sie auch eine *„notata“,* gemärkte genannt [41]).

Festuca uud *Baculum* sind sachlich und symbolisch verschieden. Die *Festuca* ist Privatsymbol [42]) und Eigentum des Tradenten [43]). Der Stab ist öffentliches Amtssymbol [44]); nicht

[35]) An ähnlichen Ausdrücken kommen für beide Symbole folgende vor: *fustis, lignum, stipula,* Stippen, Stift, Stock, Stab, Stange, Stengel, *calamus, sagitta,* gaira, *gisileum,* swira, *stimulus,* giweri. — Die Ausdrücke Schaft und Halm in den Alliterationen „mit skaft och sköte“ und „mit Hand und Halm“ decken sich nicht mit dem Worte. Das sächsische Symbol des Halmes war keine *Festuca,* sondern ein eigenes Symbol. — cf. Du Cange III p. 247, 883, 885, 887, 888. 891; — Gatterer, elem. art. dipl. p. 180; — Grimm, RA. p. 124, 126—128, Anm. 3. — Zöpfl, RA. II p. 353.

[36]) l. sal. tit. 46. 50. 60.

[37]) Verzichte, Eidschwüre, Processführung, Erbschaftsteilung und Bekräftigung von Verträgen über Fahrhabe. — Marculf I, 21; II, 14. — Mabillon, dipl. 474. — l. rip. tit. 71. — Grimm, RA. p. 127 Anm. 1; — Zöpfl, D. Rg. p. 869; — Heusler, Gewere p. 21.

[38]) Grimm, RA. p. 121. 122; — Zöpfl, D. Rg. p. 718.

[39]) cf. Gai. 1, 19. — Grimm, RA. p. 128. Anm. 3, p. 129. Anm. 5; p. 127. Anm. 2; p. 205; 904.

[40]) Man stritt lange über ihr Wesen. Grimm, RA. p. 121. 205. 604; — Stobbe, Z. Gesch. d. deutsch. Vertragsr. p. 49; — Beseler, Erbv. III p. 224. 225; — Walter, D. Rg. 544. 557. 558. — Michelsen, über die *festuca notata* und die germanische Traditions-Symbolik. 1856.

[41]) Auch eine *„nodata“* wird sie genannt, was durch „geknotet, knotig und angeknotet“ übersetzt worden ist. — cf. Michelsen, *festuca not.* p. 11, 13, 14; — Zöpfl, RA. II p. 294, 356, 358; — Kemble, cod. dipl. aevi. Saxon. nr. 755 u. nr. 929 (a. 1038 und XI. saec.) talu = Kerbholz.

[42]) Sie wird wie die Scholle und der Zweig behandelt, z. B. *per festucam et gazonem et per ramos de arboribus vendidi.*

[43]) Rozière, form. I, 289 u. 286 und die Stellen bei Grimm, RA. p. 941.

[44]) Statuta Frankofurt. a. 1352. So sullen uff den Dunrestag

wie die *Festuca* wird er als ein *„signum traditionis“* übergeben, sondern bleibt ruhend in der Hand des Richters, welcher ihn vorstreckt, damit die Parteien den Eid der Treue auf ihn leisten *(fidem facere, tacto baculo judicis spondere)* [45]). Davon hiess er auch selbst Eid- oder Schwurstab.

Festuca und Stab wurden aber in ihren symbolischen Functionen nicht auseinandergehalten und vertraten sich oft. Denn obwol die *Festuca* zur Tradition und der Stab eigentlich [46]) zur Gewährleistung dienen sollte, kam meist die Festuca auch bei dem der Tradition sich gleich anschliessenden Acte der Confirmation zur Anwendung, indem der Richter statt des Stabes von den Contrahenten die *Festuca* nahm und das Treuversprechen auf diese ablegen liess [47]).

III. Die Carta.

Die *Carta* ist keine einfache Beweisurkunde [48]), sondern wesentlich Symbol. Die Tradition erst machte das Pergament zur *Carta*. Durch diesen Vorgang erfüllt sie ihren Zweck, indem sie den Rechtsübergang symbolisch begründet. Deswegen ist sie

darnach die der Stade geld uffhebin rechnunge tun, was sie haben genommen unn uzgegeben, uff denselbigen Dunrestag als man Burgermeystere küset. So sollen die Richtere ihre Stebe niederlegin; weme dann die Burgermeystere und der Rat die Stebe widder lyhen das ist gud. — Der Stab ist also das Symbol der Amtsmacht. — cf. Grimm, RA. p. 133, 761.

[45]) Das Versprechen wurde „gestabt“; der Richter hiess davon selbst „Steber“, noch heute eine Bezeichnung für eine in Eid nehmende Person. — Grimm, RA. p. 135, 4; — Michelsen, *festuca not.* p. 16; — Zöpfl, RA. II. p. 354; — Siegel, Gesch. d. Gerichtsv. p. 124 und 223 Anm. 8; — Behrend, Proc. d. *lex salica* p. 87; — Leman. Alt-Culm. R., Wörterbuch p. 332.

[46]) Mit dem Stabe tradirten Fürsten ganze Landschaften. cf. Pertz I, 43 (a. 787): *et illuc venit dux Tassilo et reddit ei (Carolo) ipsam patriam cum baculo, in cuius capite similitudo hominis erat.* — Grimm, RA. p. 133, 1; — Heusler, Gewere p. 21.

[47]) l. sal. tit. 50, 2; — l. rip. tit. 58, 21; 46, 1; 47, 2; 31. — Zöpfl, RA. II. p. 353.

[48]) Blosse Beweisurkunden sind die *Notitia* (ein nach der Tradition vor Zeugen und meist vom Notar ausgefertigtes Document über die Veräusserung) und die trotz zeugenloser Abfassung unscheltbare Königsurkunde. — Dronke, cod. dipl. Fuld. 36 nr. 57. — Brunner, *Carta* und *Notitia* p. 4, 7, 8. — cf. dagegen Heusler, Gewere p. 21.

selbst Dispositivurkunde: die Erwerbung, Urkunde und Urkundenbegebung wurden mit dem gemeinschaftlichen Namen *„traditio“* bezeichnet [49]). — Was auf dem noch nicht tradirten Pergamente steht, ist blosses Urkundenmaterial [50]). Insofern ist es für den symbolischen Act gleichgültig, ob dasselbe beschrieben oder unbeschrieben übergeben wird [51]).

Brauch bei Langobarden und Franken war es, die *Carta* vor der Begebung erst auf die Erde zu legen, um durch diese Berührung die symbolische Beziehung zum Boden auszudrücken [52]). Das Aufheben hiess technisch *„cartam levare“*; es geschah durch den Verkäufer [53]) und war der für die Auflassung, den Rechtsverzicht, entscheidende Augenblick. Die Urkunde war dann errichtet, das Recht veräussert [54]).

Bei der Begebung selbst, welche gerichtlich oder blos vor Zeugen geschah [55]), berührten die Zeugen die *Carta* [56]), meist auf die Aufforderung des den Act leitenden Notars [57]) oder

[49]) Zöpfl, RA. II p. 359 u. RG. p. 713, Anm. 4. — Ebenso ging die Bedeutung der *Scotatio* (Schooswurf) als eines bis zum XII. Jahrh. mündlichen Actes, von welcher Zeit ab sie beurkundet wurde, in die Bedeutung der Urkunde (sködje, norweg. Skjöde = Urkunde, Skjöd = Schoos) selbst über, während die symbolische Handlung diesen Namen verlor. — Michelsen. *festuca not.* p. 22.

[50]) Brunner, *Carta* p. 13.

[51]) Murator. dissertaz. sopra le ant. Ital. I, 340: *Secundo legem meam atramentarium et pergamena de terra levari et Arnifridi(o) notario ad scribendum tradidi.*

[52]) Canciani, leg. barb. ant. II. 474a. — Zöpfl, RA. II, p. 467; — Walter, Rg. 544; — Grimm, RA. p. 558.

[53]) Canciani, l. c. 476a; 476b; 474a. — Grimm, RA. p. 557, 6.

[54]) Das Errichten einer Urkunde hiess hiervon allgemein *„cartam levare“*, ein Ausdruck, der in dem wechselrechtlichen „Protest leviren“ sich erhalten hat. — Zöpfl, RA. II. Aufsatz nr. XX und p. 468.

[55]) l. rip. tit. 59. 1; — l. burg. tit. 43. 60; — Brunner, *Carta* p. 10.

[56]) Brunner, *Carta* p. 13: „Das hiess *cartam tangere, manum imponere, manum in cartam mittere, in carta ponere, cartam per impositionem manum confirmare, manibus impositis solidare, manu firmare, roborare.*“

[57]) Boretius, Mon. Germ. leg. 4, 595 (Lörsch und Schroeder, Urkunde nr. 66).

anderer Personen [58]). Dies war die s. g. Handvestung *(manu firmatio, roboratio)*. Bei der *Traditio per scripturam, cartam* wurde sie sowol für diese selbst, als auch für die Zeugen als wesentlich erachtet [59]). Letztere wurden dadurch zu Handlungszeugen und dienen mit *„ad vestituram seu firmitatem huius traditionis perficiendam* [60]).

Die begebene *Carta* hat gerade so wenig Beweiskraft, wie die tradirte *Festuca*. Die *Traditio per cartam* steht den übrigen Traditionsformen ganz gleich [61]), concurrirt mit ihnen [62]) und bedarf wie jede derselben erst einer Beurkundung. Diese geschah durch die *Notitia,* welche nur Beweisurkunde ist. Bei der *Traditio per cartam* wurde die Notiz inzwischen in den wenigsten Fällen auf einem eigenen Document, sondern auf die *Carta* selbst niedergeschrieben. Zu diesem Zweck wurde letztere an den Notar übergeben [63]). Dieser bezeugt den Vorgang und unterschreibt. Sein Zeugniss ist also eine auf die *Carta* gesetzte Notitia über das bereits durch die *Traditio per cartam* abgeschlossene Geschäft.

Die Zeugen kommen bei der Beurkundung nur so weit in Betracht, als in der Notiz die Zeugen der Tradition vom Notar namentlich erwähnt werden müssen. Wenn sie als Beurkundungszeugen ihr eigenes oder ein geborgtes Handzeichen oder Siegel mit

[58]) Meichelbeck I, 2 nr. 122: *rogantibus bonorum hominum manibus confirmata.*

[59]) Brunner, Carta p. 13.

[60]) Meichelbeck I, 2 nr. 359 und 629. — In dieser erhöhten Zeugeneigenschaft werden sie von der l. alam. II, 2 „testes veri" genannt: (Process um Erbgut) *ipsa carta, quod pater eius fecit, praesens veniat, et illi testes, qui manus eorum in ipsa carta miserunt, — testificentur, ut illi ad praesens fuissent, quod pater eius illas res ad ecclesiam dedisset — hoc per sacramentum dicant, quod nos veri testes sumus.*

[61]) Brunner, Carta p. 13.

[62]) Bei der Kirchenlandleihe an einen Laien war sie vielleicht alleinige Traditionsart. — Brunner ib.

[63]) Canciani, leg. barb. ant. II. 474a, *trade per hanc pergamenam cartam venditionis — — — Sic trade ei ad proprium et huic notario ad scribendum.* — Eine fast stehende Schlussformel lautet: *N. Notarius scripsi post tradita, (traditionem) complevi et dedi.* — cf. Zöpfl, RA. II. p. 298. 446; — Brunner, Carta p. 15.

ihrer Unterschrift auf das Pergament setzen, so ist dieses für die Rechtskraft der *Carta* gleichgültig und dient nur dazu, um die Beweiskraft der *Notitia* noch zu erhöhen [64]).

IV. Seltnere und particularrechtliche Traditionssymbole [65]).

Es mag genügen, die hierher gehörigen Symbole nach den Quellen kurz aufzuführen:

per pileum, beretam, birretum (Hut, Barret).
per corrigiam, zonam (Gürtel).
per fimbriam vestimenti (Rockschoos, gêre).
per capillos barbae sive capitis, flocillum capitis.
per berillum.
per nodum.
per denarios, nummos perforatos.

Zweite Hauptgruppe der abstracten zweiseitigen Traditionssymbole: Oeffentliche.

Auch hier darf es bei der blossen Aufzählung bewenden:

I. Weltliche [66]).

Mit Krone und Fahne [67]): *per coronam* und *per vexillum.*
Mit Scepter und Schwert [68]): *per sceptrum, per spatham,*

[64]) Brunner, *Carta* p. 14; — cf. Michelsen, *festuca not.* p. 20.

[65]) Du Cange III. p. 886. 887. 888. 890 892. — Gatterer, elem. art. dipl. p. 172—174, 177, 179; — Grimm, RA. p. 158—159.

[66]) Otto fris. de gestis Frid. 2. 5 (bei Gengler, Glossar 827): *est consuetudo curiae, ut regna per gladium, provinciae per vexillum a principe tradantur.* — Gatterer, elem. art. dipl. p. 169: *Gladius, vexillum, hasta, sceptrum munerum sive dignitatum civilium praecipua symbola fuerunt: ita tamen, ut mox gladius et vexillum indicriminatim pro imperiorum, regnorum, ducatuum, comitatuum et feudorum nobilium symbolis usurparentur, mox vero sigillatim regna gladio, provinciae vexillis et ducatus hasta vel sceptro significarentur.*

[67]) Du Cange III. p. 887, 891; — Gatterer l. c. p. 173; — Grimm, RA. p. 891; — Zöpfl, D. RG. p. 719; — Sandhaas, German. Abh. p. 43. Anm. 79.

[68]) Du Cange III. p. 888, 891, 892; — Gatterer l. c. p. 174, 175, 177, 179; — Gengler, Glossar p. 906; — Padeletti, Glossar p. 502.

gladium, gladii capam et circulum, mucronem gladii, hastam, ensem evaginatum, spathae capulum, lanceam et confanonum.

II. Geistliche [69]).

Per mitram, infulam, capellum (mitram Prioris), stolam, cambutam (pedum s. baculum episcopi), crociam (baculum), ferulam pastoralem.

Per scyphum, calicem cum patena, communionem, panem, coclear de turibulo, grana incensi, cerum.

Per lini portiunculam, linteum, mappulam, pannum, capucium, palam, pallum, paleam apostolicam, pannum (casulam).

Per librum manualem, l. missalem, l. collectarium, l. evangeliorum, l. regulae S. Benedicti, sacra biblia testamenti, breviarium, psalterium, martyrologium. cum duobus phylacteriis, palmis Hierosolytanis.

III. Klasse.

Die Aneignungssymbole.

Ihre Anwendung kommt erst nach dem symbolischen Aufgeben des Rechtes an die Reihe, um blos den Erwerb desselben, — also nicht den Erwerb durch zweiseitige Tradition, sondern den durch einseitige Apprehension, — die Selbstinvestitur seitens des Erwerbers zu symbolisiren. Von den zwei in der Tradition enthaltenen Momenten, der Auflassung und der Aneignung, gehen die Apprehensionssymbole blos auf den letzteren. Hierher gehört z. B. der s. g. Huttast, eine einseitige Aneignungshandlung, die darin besteht, dass der Erwerber in einen vom Veräusserer oder von einer dritten Person hingehaltenen gleichwol leeren Hut greift [70]). Vorzüglich indessen sollen sie

[69]) Du Cange III. p. 887, 888, 889—891; — Gatterer, elem. art. dipl. p. 171—179.

[70]) Du Cange III. p. 890. 891. — cf. Wendisch-Rügianischer Landgebrauch tit. 105. p. 94 (ed. v. Gadebusch 1777) bei Laband, Krit. Viert. XV. p. 406. Anm. — Grimm, RA. p. 150, 199.

das erworbene Recht nicht blos symbolisch, sondern auch factisch, durch Acte der realen Besitzvestitur zeigen. In Folge dessen findet die betreffende symbolische Handlung in der Regel auf dem resignirten oder tradirten Grund und Boden selbst statt [71]). — So setzte sich daselbst der neue Herr *„in signum realis et vere apprehensae possessionis“* auf einen dreibeinigen Stul [72]), oder bewirtete an einem Tische drei seiner Gastfreunde [73]). Er umfuhr oder umpflügte den erworbenen Grund [74]), zündete drauf ein Feuer an [75]), betrat feierlich das Haus, befasste Tür und Türring, öffnete und schloss das Tor [76]) und ergriff bei Kirchentraditionen das Glockenseil [77]).

Bestimmte Apprehensionshandlungen waren nicht vorgeschrieben: der Erwerber konnte beliebig seinen Erwerbsantritt zeigen, so dass schon eine einfache Besichtigung des Grundstückes zu Fuss [78]) oder zu Pferde [79]) ausreichte.

IV. Klasse.

Die Hülfs- oder Nebensymbole.

Sie stehen nur mit den Symbolen, denen sie dienen und sich unterordnen, in directer Beziehung, aber nicht mit der Tradition selbst. Ursprünglich unsymbolische Gegenstände,

[71]) Walter, D. RG. 545; — Beseler, Erbv. I, p. 30.

[72]) *Sedes tripes, tres pedes habens.* — Oft rutscht er erst auf demselben in das neue Grundstück hinein. — cf. Ruprecht v. Freising (v. Maurer) cap. 88. — Grimm, RA. p. 80, 81, 187, 557[6].

[73]) l. sal. tit. 46 (Merkel).

[74]) Grimm, RA. p. 184, 186.

[75]) Grimm, RA. p. 194, 195.

[76]) Braunschw. Notar. Instr. a. 1598 (Haltaus 1785): thate das thor auf und zu und erklerte sich für einen jetzigen besitzer und inhaber des hauses.

[77]) *Per funes campanorum, funiculum signi ecclesiae, cordam signi, clocas ecclesiae.* — Meichelbeck I. 2 nr. 368 (a. 818): *legitimum missum episcopi vestivit cum corda, unde signum tangitur, rem domibus aedificiis;* ib. nr. 550, 510, 369; — Du Cange III. p. 887, 888. — Gengler, Glossar p. 901 u. Beseler, Erbv. I. p. 30, 31 Anm. 25 übersetzen *funes* mit „Siegelschnur“.

[78]) Meichelbeck I, 2 nr. 236.

[79]) Ib. nr. 981: *cavallicando circumduxit.* — cf. Beseler, Erbv. I. p. 30.

bekamen sie erst durch die gewohnheitsmässige Verbindung mit den Hauptsymbolen etwas von deren symbolischem Character ab. Solche Nebensymbole waren die Feder und das Dintenfass für die Beurkundung auf der *Carta,* der Schuh für die Uebergabe der losen Erde, das Messer für die Märkung der *Festuca* und das Ausstechen des Rasens [80]), der Hut für die Aufnahme des in ihn zur Enteignung geworfenenen Halmes [81]) und für den Huttast [82]).

Manchmal sind diese Hülfsgegenstände zu den Ehren vollkommener Symbole gelangt, so z. B. das Messer, wo durch dasselbe allein die Tradition vollzogen wird [83]).

III. Die Gerichtszuständigkeit.

§ 10.

I. Sachlich zuständig war in ältester Zeit der *mallus publicus,* die Versammlung der Hundertschaft; denn Volks- und Gerichtsversammlung waren noch äusserlich gleich, und wenn die versammelte Gemeinde den Willen hatte, Gericht zu halten, so war sie Gericht [1]). — Daneben nahm der König Auflassungen vor, ein Recht, das dem Sachsenspiegel noch nicht fremd ist [2]).

Später wurden die aus den Centgerichten entstandenen Schöffengerichte zuständig, die dreimal jährlich unter Königsbann stattfanden [3]). In den Städten findet sich die reichste Mannigfaltigkeit in der Zusammensetzung der Gerichte. Man kann

---

[80]) Wendelin. ad leg. sal: *cum fundus . . . venditur, vetus eius dominus cespitem ex illo fundo fodit cultro.* — Michelsen, *festuca not* p. 8; 14; 26. — cf. Du Cange III p. 884; 886—889.

[81]) Guden 3, 465 (a. 1365).

[82]) siehe oben: die Aneignungs-Symbole. p. 49.

[83]) Neugart nr. 69 (a. 778): *monasteriolum . . . quod ipse mihi per suum cultellum coram testibus tradidit.*

[1]) Grimm, RA. p. 745; — Beseler, Erbv. I p. 39, p. 112; — Sohm, Gerichtsverf. p. 274—275; — Siegel, Gesch. d. Gerichtsverf. p. 97—98.

[2]) Marculf I, 12, 13; — Ssp. I, 43, 3.

[3]) Ssp. I, 52, 1. — Distinct. I, 45, 1. — Seibertz, UB. I. nr. 33. 50. 177; — Kindlinger, Münst. Beiträge III. nr. 27. 38. 57. 58. 76. 132. 152. 182. — cf. Grimm, RA. p. 657. 732; — Walter, D. Rg. 546.

zwei Hauptarten städtischer Gerichte unterscheiden, das Vogtgericht, welches eine Fortsetzung des alten *Placitum legitimum* ist [4]) und in welchem ein kaiserlicher Vogt den Bann übt, und das unabhängige Stadtgericht, welches sich in sehr verschiedenem Umfang und auf den mannigfaltigsten Wegen aus der ursprünglichen Stadtfverfassung entwickelt hat und schliesslich wol auch durch Privileg förmlich anerkannt und mit erweiterter Kompetenz ausgestattet worden ist [5]). Beide Arten der städtischen Gerichte sind im Genaueren unendlich verschieden gestaltet. Bei der Auflassung besonders ist die Freiheit des Vogtes oft durch die Rechte der Stadtbehörde beschränkt, — entweder so, dass letztere auch auflassen darf [6]), oder so, dass sie sich in irgend einer Weise an der Auflassung des Vogtes beteiligt [7]), — auch wol ganz aufgehoben, so dass die Auflassung ausschliesslich der Stadt zusteht [8]).

Auch die geistlichen Gerichte sind für die Auflassung unter der Voraussetzung zuständig, dass es sich wenigstens um ein Kirchengut handelt, oder dass eine Kirche oder ein Cleriker contrahirt: im übrigen herrscht auch hier eine grosse Verschiedenheit im Einzelnen [9]).

---

[4]) Hach, lüb. R. p. 143. 11. 170; — Jus. Sus. p. 39. 19 (ed. Leipzig 1755). — cf. Statut v. Medebach a. 1165 § 2 (Gengler p. 282).

[5]) Ssp. I, 22; — Dortmunder Stadtr. § 2 (Wigand, Corvey p. 272. 266. 321); — Freiberger Stadtr. 214. 108 (Vogt). 176 (Walch III); — Exemtionsprivileg für Brilon gegen das Freigericht a. 1251 (Seibertz I nr. 269).

[6]) Privileg für Braunschweig Otto's II. a. 1354 § 22 (Gengler p. 36): Of ein man sin hus uth setten will, dat he dat vor den borgeren, it is gelike stade, also he dat dede vor deme vogede.

[7]) z. B. so, dass einige Ratmannen zugleich Gerichtsmitglieder sind, oder als Zeugen und zur Aufsicht bei der Auflassung gegenwärtig sein sollen. — Goslarer Stat. 110, 37; 25, 35.

[8]) h. l. § 7. II.

[9]) Nach Dortmunder Stadtr. (Wigand, Corvey I. p. 168 und Note 247) war der Kirchenvogt nur competent für Stiftsangehörige und Precariebesitzer. — Soester Stadtr. (ed. Leipzig 1755) p. 19—22, p. 30; — Stadtr. v. Wiener-Neustadt (Würth) cap. 73; — Schöffenurteil a. d. Dresd. Handschr. M. 34. b. cap. 49 (Wasserschleben): Ist die gobe geschen vor des bischoffs officialen der eyn richter und eyn ordinarius ist und ouch vor dem notario und den geczeugin, die dobey gewest synt, so behält (er) alle das gut; ib. cap. 129. — Ob Ritter allgemein aus ihren Standesgenossen ein Auf-

Weil das ordentliche Ding zuerst nur dreimal jährlich stattfand, konnte auch nur dreimal jährlich gerichtlich aufgelassen werden; um diese ungenügende Gelegenheit zu vermehren, liess man ausserordentliche Gerichte zu oder hielt das ordentliche Gericht öfters ab [10]).

II. Ortszuständig war das Gericht, in dessen Bezirk das Grundstück lag [11]), also stets das bestimmte Land (— Grafen-) gericht [12]) oder Stadtgericht [13]); daselbst wurde, auch gegen Fremde stets das Recht dieses Gerichts angewandt [14]). — Subsidiär war competent das Forum des Domicils oder des jeweiligen Aufenthaltes [15]), wobei man sich wenigstens durch Zeugen aus dem Gerichtsbezirke des Grundstückes zu sichern suchte [16]).

lassungs-Gericht bilden konnten (cf. Walter, D. Rg. 546 u. Hodenberg, Diepholzer UB. nr. 334. 335), und ob in Judengerichten aufgelassen werden durfte, ist mehr als zweifelhaft (cf. Stadtr. v. Wiener-Neustadt cap. 109; — Brünner, Schöffenb. 14).

[10]) Lüneburger Niedergerichtsordn. bei Pufend. obs. III. app. 348; — Stat. v. Arnsberg a. 1450 (Seibertz, UB. III nr. 955 p. 111); — Freiberger Stadtr. 100 (Walch III, 150); — Stat. v. Trier a. 1422 § 4 (Gengler p. 49); — Görlitzer Willküren a. 1433 § 7 (Gengler p. 156). — cf. Hach, lüb. R. p. 143 und cod. I. 2. 3; — Homeyer, Stadtbücher d. Mittelalters p. 16.

[11]) Sohm, Gerichtsverf. p. 303; — Laband, Vermögensr. Klagen p. 236.

[12]) Kaiser Ludwig's Rechtsb. a. 1346 tit. 16, 189 (Freiberg. IV): Ez sol auch nieman aigen verantwurten, dann in der Grafschaft, da ez inne gelegen is; — Steiermärk. Landr. art. 97 (Bischoff): Von aigen. Ain jsleich dinstherr der sôleich (sogetane) aigen hat, der richt wol darumb; aber umb ain aigen vom lant mag nŷmant gerichten, denn der herczog oder der hawtman von dem land.

[13]) Bamberger Stadtr. § 55 (Zöpfl): Item was Erbs in dem Statgericht liegt unnd das ein Burger oder were er were, der hier gesessen were hin gibt, oder verschickt, das soll er auffgeben unnd sich sein verziehen vor dem Statgericht zu Bombergk; — Goslarer Stat. 30, 19; — Sächs. Dist. VI. 9, 7. 8; 24. 25; — Augsburger Stadtr. 265. 378.

[14]) Goslarer Statut 30, 25—27.

[15]) Zöpfl, RG. p. 714; — cf. Sohm, Gerichtsverf. p. 299.

[16]) Capit. Ludov. I. a. 819 cap. 16 — — — *Quod si eodem tempore, quo illas* (sc. *res suas*) *tradere vult, extra eundem comitatum fuerit . . . adhibeat sibi vel suis pagensibus, vel de aliis, qui eadem lege vivant, qua ipse vivit, testes idoneos vel si illos habere non potuerit, tunc de aliis, quales ibi meliores inveniri possint et coram iis rerum suarum traditionem faciat.*

III. Die Auflassung durch ein örtlich oder sachlich unzuständiges Gericht gilt als keine gerichtliche [17]); sie kann aber zu einer solchen convalesciren, wenn nachträglich die Zustimmung, die Beglaubigung der competenten Behörde erlangt wird [18]).

Verweigert das zuständige Gericht überhaupt die Leitung der Auflassung, so geht das Recht dazu an die höhere Instanz [19]), bisweilen aber, wenn noch ein anderes Gericht daneben ebenfalls competent ist, erst allein auf dieses über [20]).

IV. Die scheinprocessualische Verhandlung.

§ 11.

Einleitung.

Die gerichtliche Auflassung beschäftigte keineswegs nur den Vorsitzenden des Gerichtes oder einen von diesem beauftragten Schöffen, sondern stets das ganze Gericht als solches. Sie setzt ein ebenso besetztes Gericht voraus, als wenn es sich um die Erledigung von wahren Process-Streitigkeiten handelte: also in ältester Zeit die ganze Centene, später das vollbesetzte Schöffengericht [1]).

[17]) Laband, Vermögensr. Klagen p. 273; — cf. Brünner, Schöffenb. 325.

[18]) Augsburger Stadtr. a. 1276. p. 204. 284. 285 (Bestimmung a. 1294).

[19]) Ruprecht v. Freising (v. Maurer) cap. 32.

[20]) z. B. auf das Stadtgericht, wenn der Vogt die Vornahme verweigert: Braunschw. Stat. § 65 (Gengler p. 40): Swe en erve kopht, de sal komen vor dem voget, unde sal sich des laten vredhe werken; — — — ne wil de voget des nenen vredhe werken, — — — so sal, dhet vorkopt heuet, uplaten, unde gene sal et entfan vor der stat; dat is like stade also is de voget vredhe machte. — ib. § 22 über die gleiche Competenz des Stadtgerichtes und des Vogtes.

[1]) Diesem gehegten Ding entsprach äusserlich bei den durch die Administrativbehörde der Stadt vorgenommenen Auflassungen „der sitzende Rat", welcher feierlich und vollzälig beisammen sein musste. z. B. Görlitzer Willküren a. 1433. bestätigt, § 6 (Gengler, p. 156): Item was ein man dem anderen in denselben landen und stat zu Görlitz . . . sich vorwilleten und verpflichteten vor einem scheppfen in der Stadt Görlitz und von entphelunge der scheppfen in der statbuch geschriben wirt, das hat solche crafft . . ., als ob es in gehegter banc vor dem scheppfen oder vor den sitzenden Rate gemeinlich geschee. — Lübisch. R. cod. II, 36; — Hamburger R. IV, 85 (Hach).

Dortmunder Stadtr. a. 1397 (Dreyer, Nebenstunden p. 423): *Omnibus emptionum sive venditionum tractatus super possessionibus, domibus, reditibus et aliis bonis immobilibus resignationesque predictorum . . . fiant in presentia consulum in sede sedentium.*

Brünner Schöffenbuch 196: *Si maritus uxori legitime agrum vel aliam hereditatem coram judice et juratis nomine dotalitii dat et assignat . . .* [2]).

Das Verfahren zur Auflassung selbst, welches im und durch das ganz dabei beteiligte Schöffengericht stattfand, erhielt hierdurch die Gestalt eines Processes, eine *„figura judicii"*.

Seibertz, UB. I. nr. 397 (Gütertausch): *Notum esse volumus . . ., quod coram sede nostre libertatis in figura judicii constituti assidente dincgravio nostro Walthero de L. de scitu nostro . . . concambium fecerunt.*

Seibertz, UB. II. nr. 500 (a. 1302): *Ego Hugo notum facio publice protestando, quod ego una cum uxore . . . in figura judiciali constitutus coram G° subjudice omnino renunciavi.*

Der Auflassungsbeschluss wurde in die Form eines Urteils gekleidet, welches auf scheinprocessualischem Wege erlangt wurde [3]). Diesem folgte alsdann gerichtliche oder aussergerichtliche Ausführung [4]).

[2]) Schweidnitzer Handveste a. 1321 (Gengler p. 422); — Artikel für Landsberg a. d. Warthe a. 1511; — Jus. sus. (ed. 1755) p. 23. art. V; — Soester Schrae § 39; — Stadtr. v. Prag art. 109 (Rössler I, 67); — Nürnberger Reformation a. 1479, tit. 9. ges. 1; — Alt-Culm. R. IV, 1 (Leman); — cf. Ssp. III. 30, 2. — Kindlinger, Münster. Beiträge III. nr. 27 (a. 1187): *Item quod postmodum comes Adelbertus in libero placito cometiae in praesentia scabinorum N. N. et multorum nobilium — traditionem praedii Adolfo archiepiscopo Coloniensi praesente, in his partibus ducatum tenente banno regis stabiliverit.*

[3]) Zöpfl, RG. p. 714 und ib. Anm. 10; — Laband, Vermögensr. Klagen p. 336; — Brunner, Holtzendorff. Encyclopädie p. 177; Gerichtszeugniss p. 161; — Sohm, R. d. Eheschliessung p. 83. Anm. 15; p. 85; — Heusler, Gewere p. 10 u. 164; — cf. v. Bethmann-Hollweg Civilpr. IV, p. 493.

[4]) Meichelbeck II, 2 nr. 373. 382.

§ 12.

Ladung, Process und Urteilsfällung.

I. Die Ladung gehört nicht zum Process; sie war Privatact, geschah höchstens vor Zeugen im Hause des Beklagten und war mit der Abrede und Bestimmung des Gerichtstermines verbunden [1]). Geschieht aber die Terminanberaumung nach einem Ortsrechte überhaupt von Amtswegen, so gilt dies auch für die Gerichtsauflassung.

> Kaiser Ludwig's Rechtsbuch a. 1346 tit. 25, 311 [2]) (Freiberg. IV.): Wer zeug oder hantvest oder brief bedarf und gewern, den ainer stellen will oder bedarf, und sein begert, da sol man im tage umb geben, alz der schrannen recht ist.

II. Sowol die Parteien, welche zum wahren Process über Grund und Boden erscheinen, als diejenigen, welche zur Auflassung kommen, bringen Documente und Symbole ihres Erwerbes mit, wie Rasen und Reis, *Carta* und Kaufbrief [3]). Der Erwerber des Grundstückes spricht nun, wie ein Processkläger den Gegner, in der Klage den Veräusserer um das Traditionsobject (Symbol) an, in erster Zeit direct, später durch die Person des Richters. — Es ist kein Unterschied zwischen einer Processklage und dieser Ansprache, welche wesentlich und notwendig vor Gericht und Dingleuten geschieht [4]). Beide heissen *„mal-*

[1]) v. Bethmann-Hollweg, Civilpr. IV. p. 472. 491; — Sohm, Process d. *lex salica* p. 121; — Sohm, Gerichtsverf. p. 113. — Dass Richter oder König auf Ersuchen der Partei ladet, ist unwesentlich *(bannitio, suggestio)*, aber schon zur Karolingerzeit üblich. — (Sohm, Gerichtsv. p. 115).

[2]) cf. tit. 16, 192 und tit. 25, 333.

[3]) Grenzstreit in der lex alam. 87: *ibidem praesente sit homo de plebi illa ponat signum, ubi isti voluerint terminos et gerint ipsa contentionem. Postquam veniant in medium et de praesente comite tollant de ipsa terra quod Alamanni surfo* (ahd. zurba = torf) *dicunt, et rama de ipsis arboribus infigant in ipsa terra, quod tollat.* — Scheinvindication bei Pardessus-Bréquigny, dipl. nr. 429 (a. 692). — Revestitur ib. nr. 440 (a. 697). — Siegel, Gesch. d. Gerichtsv. p. 125. 126.

[4]) Goslarer Stat. p. 25, 25—27: Wanne men en eghen ansprikt,

latio“ [5]), ein Name, der hiervon auf das Process- und Auflassungsobject übertragen worden ist [6]). Bei der Ansprache fand wie beim Anefang eine *„manus iniectio, missio“* auf den Gegenstand statt, dieselbe materiell illustrirend [7]). Seitens des Erwerbers war dies nur eine Scheinvindication, wodurch er tatsächlich den Besitz des Beklagten constatirte und rechtlich ein Gerichtsverfahren über dessen Rechtmässigkeit nötig machte: gleich wie bei der römischen *„vindicatio in jure“*.

Die wirkliche, ernstliche Klage gründet sich innerlich nicht auf das eigene Recht, sondern auf das Unrecht des Gegners, dass er etwas *„injuste, malo ordine“* getan habe [8]), und enthielt also direct nur einen Vorwurf des Unrechtes, erst indirect die Forderung des eigenen, dadurch verletzten Rechtes. Bei streitigen Grundstücken speciell ist die Klage formell gegründet auf den widerrechtlichen Besitz, Besitzerwerb oder Besitzvorenthaltung. Die hierbei vorkommenden Formeln für den Vorwurf lauten: *malo ordine invadere, iniuste tenere, possidere* [9]). Der materielle

---

dat scal men don mit gherichte unde mit dinglüden, unde vulvorderen ansprake. Deyt he des nicht, so ne is it nen ansprake; cf. ib. p. 26, 5—9, 20—23 (dagegen Albrecht, Gewere p. 10), ib. p. 32 (30—37). — Ratsgerichtsordnung v. Medebach a. 1646. I. 2 (Scibertz, UB. III. nr. 1042); — Rüdener Stadtr. a. 1310. § 87. 88 (Scibertz, UB. II. nr. 540); — Kaiser Ludwigs Rechtsbuch a. 1346. tit. 16, 195. — cf. Grimm, RA. p. 60.

[5]) *Mallare* heisst „ansprechen“ *(appellare)*, z. B. l. baj. XII. 2. 1, technisch „gerichtlich ansprechen, klagen“, und bildet dann den Gegensatz zur Rüge, die eine aussergerichtliche Berühmung der Ansprüche ist. — cf. Sohm, Proc. d. lex sal. p. 48 Note 28 u. Laband, Vermögensr. Klagen p. 3. — *Mallare* kommt nach Grimm, RA. p. 476 vom goth. mêl, ahd. mâl, mahal = *actio, sermo, causa;* — Siegel, Gesch. d. Gerichtsv. p. 115 leitet es ab vom goth. mathljan, mathl, *mallus* = *forum, concio,* so dass es „in oder vor einer Versammlung reden“ bedeutet.

[6]) Meichelbeck I, 2 nr. 535 (bei Siegel, Gesch. d. Gerichtsv. p. 116).

[7]) l. rip. tit. 33, 1; — l. bajuv. IV, 3; V, 3. — cf. Siegel l. c. p. 91 u. Anm. 11; — Laband, Vermögensr. Klagen p. 52; 90 sqq.; — v. Bethmann-Hollweg Civilpr. IV, p. 49; 488; 490; 53, Anm. 1.

[8]) Grimm, RA. p. 4. 5; — Siegel, l. c. p. 117.

[9]) l. rip. tit. 67, 5; 59, 8; — l. bajuv. 16, 1; — Rothar. 231; 228; Liutpr. 89; — Rozière, form. 230. 231. — Pardessus-Bréquigny, dipl. II. nr. 431. 440 (a. 693. 697).

Schwerpunkt der Klage, die Behauptung und Beanspruchung des Eigentums ist, selten direct ausgesprochen, und meist aus dem Vorwurf heraus zu ergänzen [10]).

Die Scheinklage, die der Erwerber in dem Auflassungsverfahren gegen den Veräusserer anstellt, kann nicht die Rechtswidrigkeit des Besitzes vorwerfen. Sie ist vielmehr entweder jeder Motivirung bar, eine unsubstantiirte Behauptung, „wie die Klage des mittelalterlichen deutschen Processes die Structur des logischen Syllogismus nicht kennt“ [11]), und besteht also in der directen Beanspruchung des Grundstückes [12]), oder sie wird motivirt durch die Berufung auf den erworbenen Titel oder durch die Vorzeigung der ihn documentirenden [13]) Urkunde.

> Pardessus-Bréquigny, dipl. II. nr. 429 (a. 692). Scheinvidication: *ibique veniens venerabilis vir Chaino abbas . . adversus inlustris Deo sagrata Angatrude . . suggeribat, dum dicirit eo quod villam . . . per suum strumentum ipsius abbatis in integritatem firmassit; unde et ipso strumentum seu et precarium, per quod ipsa A. pertinencium ipsius abbatis hoc possedibat, in presentem ostendedit religendas eas relictas.*

In gleicher Weise mag diese Motivirung der Klage stattfinden, wenn der frühere Eigentümer die Auflassung ernstlich verweigert; im späteren Recht [14]) kann der Kläger durch Eid

[10]) Laband, Vermögensr. Klagen p. 5; — Siegel, Gesch. d. Gerichtsv. p. 118.

[11]) Laband, l. c. p. 10.

[12]) Laband, l. c. p. 363 dagegen.

[13]) Brunner, Gerichtszeugniss p. 159; — Sohm, R. d. Eheschliessung p. 82 nennt sie Contractsurkunden, aber sie sind es als massgebende Beweismittel nur mittelbar; der Contract besteht auch ohne Urkunde, und wenn sie selbst *venditio, traditio* genannt werden, so sind sie als noch nicht tradirtes Pergament nur *Notitiae* über das perfecte Veräusserungsgeschäft.

[14]) Kaiser Ludwig's Rechtsbuch a. 1346 tit. 18, 248: Swer guot von ainem chauft und hat im gehaizzen, er well ims vertigen als recht ist (cf. ib. tit. 16, 192), spricht er in darumb an und laugent dez jener, da sol man seinen ayd fuer nemen oder er mache ez war mit zwain zuo im, die dez mit im swern, daz er ims gehaizzen hab, so sol jenem daz gericht sein's guotz . . . einantwurten. — Läugnet nach Münchener Stadtr. (art. 158) der Verkäufer den Kauf und verweigert die Pflicht „imz zu

mit zwei Zeugen oder Eideshelfern beweisen, dass der Veräusserer durch sein Versprechen verpflichtet sei, aufzulassen. Das Hamburger Recht dehnt die Auflassungspflicht ohne weiteres auch auf die Erben des verstorbenen Veräusserers aus, so dass eine, deren Erfüllung erzwingende Klage sich lediglich auf das mit dem Erblasser geschlossene Geschäft gründet.

> Hamburger R. (cod. III art. 248 bei Hach, Lüb. R.): So we syn erue vorkofft de schal dat deme anderen uplaten vor deme rade uppe deme huse. So wan dat an vorgulden is unde storve he, syne erven scholden et uplaten unde men schal dat ok in der stat ervebok schriven laten.

Nach der Klage, sowol der echten als der unechten, folgt das von den Parteien in freier Hin- und Herrede selbst geführte Verfahren, ein Wortkrieg [15]), ein licitationsartiges Ueberbieten mit besseren Gründen [16]); bei Grundstücken speciell kann auf die *Vindicatio* das Uebergebot mit der *Evindicatio* folgen [17]). Nur durch die dabei etwa vorkommenden symbolischen Handlungen und das blos leitende Eingreifen des sonst objectiv und passiv sich zur Verhandlung verhaltenden Richters [18]) werden die Parteien daran gehindert, über Anderes als den Inhalt der Klage sich auszulassen.

Wie im echten Process Leugnen oder Widerlegungsunfähigkeit der Ansprache sachfällig macht [19]), so führen auch den Schein-

---

fertigen, als recht ist", so soll der Erwerber klagen und mit zwei Zeugen schwören; dann erzwingt das Gericht die „innehabung mit nutz und gewer". — cf. Laband, Vermögensr. Klagen p. 244.

[15]) Siegel, Gesch. d. Gerichtsv. p. 109; — Heusler, Gewere p. 79.

[16]) Laband, Vermögensr. Klagen p. 343.

[17]) l. rip. tit. 60, 1; — l. bajuv. XVII. 1, 2. — Scheinvindication bei Pardessus-Bréquigny, dipl. II. nr. 429 (a. 692): *absque repetitione memorata A. vel suis heredibus omne tempore habiant evindegatas;* — ebenso das Urteil über Scheinevindicatio ib. nr. 479 (a. 711). — cf. v. Bethmann-Hollweg, Civilpr. IV. p. 378, 472.

[18]) Siegel, Gesch. d. Gerichtsv. p. 105. 109; — Laband, Vermögensr. Klagen p. 343; — v. Bethmann-Hollweg, Civilpr. IV. p. 473; p. 378 und die Beilagen III. und IV. auf p. 533 u. 549.

[19]) Marc. App. 7: Kläger behauptet, *quod illa terra post se malo ordine retineret injuste. Et ipse homo* (Gegner) *adstabat et hanc causam*

vindicanten die gleichen Umstände zum Siege *(victor extiterit)*: wenn der Angesprochene die Veräusserung zugesteht,

Pardessus-Bréquigny, dipl. II. nr. 479 (a. 711). Scheinvindication: *interrogatum ei fuit se ipsâ porcione suâ ipsi et conjux sua Dina in suprascripto loco Maurcurte, . . ipsius Ragnesindo vindedissent, aut se precium exinde accipissent, aut ipsa vindicione fieri aut firmare rogassent; aut se autor ipsi Siclandus tam pro se quam et pro ipsa cojove sua Dinane, adesse volibat.* (Dieses beantwortet der Verkäufer, worauf das Urteil über die Scheinevindicatio folgt.)

keinen Gegenbeweis führt oder leere Ausreden macht.

ib. II. nr. 429 (a. 692): Scheinvindication: Die Klage gründet sich auf einen vorgewiesenen Erwerbsbrief; darauf: *sed dum memorata villa . . . memorato Chainoni abbati vel basileci sui sancti Dionysii per ipso strumentum firmasset, et ipso strumentum vel precarium ob hoc fieri rogassit; et autur contra quamlibet exinde aderat et inantia adesse disponibat; proinde nus taliter una cum nostris procerebus constitet decrivisse ut, dum inluster vir Marso — comis palatii nostri testimuniavit*

---

nullatenus potuit denegare nec tradere rationes, per quas ipsas terras habere debeat. Sic ipsi homini fuit judicatum, ut ipsam terram ante ipsos Missos dominicos (Richter) *secundum suam legem ipsi reddere vel revestiri deberet. Quod ita in praesente et fecit.*

Pardessus-Bréquigny, dipl. II. nr. 440 (a. 697) Revestitur: *Sed ipsi strumentum exinde nullatenus presentavit, nec ulla evidenti potuit tradere racioni, per quod ipsi Bercharius ipsa habire debuisset — sic ei a suprascriptis viris* (Schöffen) *nuscitur judecasse . . . ut ipsi vir . . . eum exinde revestiri debirit . . . quod ita et ficit.*

ib. II. nr. 431 (a. 693): Die Klage lautet, dass er Güter *malo ordine retinuit: et dum exinde in nostri vel suprascriptis viris praesencia in racionis adstabant, interrogatum fuit ipsius Almerico, . . . quo ordine in ac causa introire volibat. Sed ipsi Aus nulla evidenter potuit tradere racionem qualiter in ac causa structus advenisset . . Sic ei fuit judicatum, ut in exfaido et fredo solidos quindece pro ac causam fidem facere debirit; quod ita et in praesenti persistere visus est ficisset.*

cf. Heusler, Gewere p. 86 sqq. — v. Bethmann-Hollweg IV. p. 492 Note 66.

quod haec causa taliter acta fuisset denuscitur, jobemmus, ut memoratus Chaino abba . . . ipsa villa . . cum inspecta ipsa strumenta sicut per ipsas declaretur . . . habiant evindegatas.

Auf diese Weise kommt die Parteiverhandlung von selbst zu Ende. Der Richter verhält sich zu ihr ganz passiv [20]) oder übt höchstens eine objective Leitung und formelle Vermittelung zwischen den Contrahenten aus, sei es nun, dass er dieses auf Anrufen einer Partei [21]) oder von Amtswegen [22]) tut. Den Schluss der Erörterungen bildet dann die vom Erwerber an den Richter oder auch wol direct an die Schöffen gerichtete Bitte, das Urteil zu fällen [23]).

Oft wird statt von den Parteien selbst, die Verhandlung von Processvertretern geführt. Diese sind entweder blos formelle Vorsprecher, welche die gefährlichen Processformalitäten zu beobachten wissen, oder materielle Vertreter, welche die Handlungsunvollkommenheit des Contrahenten ergänzen. Die blossen Vorsprecher sind aber nicht überall und allgemein obligatorisch, weder für den Process [24]), noch für die Auflassung [25]).

Wesentlich z. B. nach Lauenburger Statut (Pufendorf obs. III. app. 328): Am nechstfolgenden Ratstage soll der Verkäufer dem Käufer sein Erbe mit Handgebung und Glückwünschung offenen Gerichtes für jedermänniglichen in eigener Person oder in ehehaffter Verhinderung durch seinen Vollmächtigen auflassen.

[20]) Siegel, Gesch. d. Gerichtsv. p. 105.

[21]) Lüneburger Niedergerichtsordn. (Pufend. obs. III. p. 363): Der Käufer bittet durch seinen Vorsprecher: „Grossgünstige Herren, gegenwärtiger Käufer bittet, dass ihr wollet sein Verkäufer auch gegenwärtig fragen, ob er ihm eines Erbkaufes zustehe, da er Ihne verkaufft hat.“

[22]) Belege bei Brunner, Gerichtszeugniss p. 158—160.

[23]) Ed. Roth. 182; — Siegel, Gesch. d. Gerichtsv. p. 110. 144. 145 u. Anm. 2.

[24]) z. B. unwesentlich im Ssp. I. 60, § 1: Sunder vorspreken mut wol klagen en man.

Wesentlich in Kaiser Ludwig's Rechtsbuch a. 1346. tit. 1, 12. — cf. Herforder Stadtbuch aus d. XIV. Jahrh. § 10. (Gengler p. 196). — Göschen, Goslar. Stat. p. 370. — Marculf I, 21.

[25]) Goslarer Statut 25, 36. 26. 18; — Vermehrter Ssp. IV, 26. — Laband, Vermögensr. Klagen p. 237.

Münchener Stadtr. art. 205 (Pfandsatzung): Swer guot auf der erde hat, daz nicht varentz guot ist, und se pfant setzen will, der soll daz tuon öffentlich vor gericht mit ainen vorsprechen.

Die Vertreter müssen sich stets legitimiren [26]); falls der Eigentümer selbst gegenwärtig ist, fragt ihn der Richter um seine Zustimmung [27]). Durch ein Schöffenurteil werden sie darauf officiell berechtigt [28]), bisweilen auch ihre Legitimation in das Gerichtsbuch eingetragen [29]). Hierauf beginnt dann der Scheinprocess [30]). — Der Käuferanwalt beruft sich darauf, dass der Verkäufer veräussert und gelobt habe, das Gut aufzulassen und einzuantworten, wogegen dann der Verkäuferanwalt Verzicht und Gewähr leistet [31]). Nach der Lüneburger Niedergerichtsordnung (Pufend. obs. III. app. p. 346) bittet der Vorsprecher des Käufers das Gericht, den Verkäufer zu fragen, ob er den Kauf zugestehe. „Wenn der Gerichtsälteste fragt, ob er Ihme solches Erbkauffes gestendig sei, so soll der Verkäufer sprechen: Ja ich gestehe ihme des Kaufes zu. Darauf soll der Käuffer durch seinen Vorsprechen die Gerichtsherrn umb ein Urthaill bitten“ [32]).

---

[26]) Mit Worten oder auch durch schriftliche Vollmacht: Meichelbeck I. 2. nr. 607 (a. 839); II. 2. nr. 273. 382. 126. 244.

[27]) Goslarer Statut 14, 12—18; — Merckel, *firmare* p. 140. Anm. 107.

[28]) Bamberger R. (Zöpfl) Anhang II. p. 129. A. § 1: Her Richter derlaubt dem cleger ein vorsprechenn.

§ 2. Her Richter habt Ir mir erlaubt zu sprechen sein wort.

§ 3. (Der Vorsprecher übernimmt sein Amt und verspricht seine Pflicht zu tun.)

§ 4. Nu frage her Richter, ob ich Ime woll gedingt habe. Die Schopfen sollen sprechenn.

§ 5. Er hat uns woll gedingt. - Dann beginnt das eigentliche Verfahren. — ebenso ib. p. 132.

[29]) Meichelbeck II. nr. 273. 282.

[30]) Meichelbeck ib.

[31]) Meichelbeck ib.

[32]) Ebenso im echten Process, z. B. Herforder Stadtbuch aus d. XIV. Jahrh. § 10 (Gengler p. 196): Do bat des herrn van der lippe vorspreke en ordel wo he unde de meyer vom E. den man scolden winnen na eres ammetes Rechte.

III. Ehe der Richter die Schöffen das Urteil finden lässt [33]), versichert er sich, ob nirgends Widerspruch gegen die Verhandlung erhoben wird, und ruft gewönlich durch dreimaliges Aufgebot alle Einspruchsberechtigten dazu auf [34]).

Meichelbeck II. 2. nr. 373: Da wardt mit recht erkhennt, das ich den geschworenen Landt-Amptmann zu dreien malen über offne Landtschranen mit lautter Stim berueffen lassen soll, ob yemandt wider die fertigung und kauf zu reden hette.

Meichelbeck II. 2. nr. 382: Also auf beder thail gewalthaben fürtragen, und gethanen rechtsatz, verchueff ich Richter mit Amptman alle die zu dreymallen offenlichen berueffen, zuervordern, so vermaintten des kauffs und einantwortung der guetter jetzt oder künftig einigerlei einsprach, oder irrung zu haben.

Erhebt einer der Anwesenden Einsprache, so hindert er die Urteilsfällung und die Auflassung, bis über deren Berechtigung in einem Incidentverfahren (wahrer Process) entschieden worden ist.

Brünner Schöffenbuch 322: *Heredidatum resignatio est coram judicio contestato in publico facienda. Et hoc ideo, si ad hereditatem resignandam vel personam resignantem alicui competat aliqualis jurisdictio, ille per impetitionem resignationem prohibeat: quod si contingat, non admittatur resignatio, nisi prius fiat impetitionis disbrigatio.*

Münchener Stadtr. a. 1347 art. 267: und süllen ez fronpoten berüffen drey stunt, ob ez yemant versprechen will und verspricht ez yemant, darnach soll geschehen, als der Stat recht ist.

---

[33]) Ssp. III, 30, § 2; — Ruprecht v. Freising (v. Maurer) cap. 105; cf. cap. 112; — Goslarer Statut 37, 2; 114, 36—44; — Dortmunder Stadtr. § 3 (Wigand, Corvey I. p. 275); — Brünner Schöffenbuch 405: *Item judex debet . . . nullas per se sententias dicere.* 406: *Judex . . . debet quaerere a juratis de sententiis.* — Laband, Vermögensr. Klagen p. 263. 273.

[34]) Zimmerle, Stammgutssystem. — cf. Bamberger R. §§ 52. 54; — Gantauskündigung: Goslarer Stat. p. 188, Note 1 p. 190; — Guden. II. nr. 450. 452. 456 (a. 1307. 1311. 1326); — Schnell, älteste Gerichtsordn. v. Basel a. 1457 p. 20.

Wer aber auf den Aufruf schweigt, verschweigt für immer sein Recht [35]).

> Sächs. Dist. I, 31, 1: unde bite daz hie uf zcu eynem male, zcum andern male, zcu deme dretten male; had ymant doruf zcu sprechene waz, der la lute sine ansproche adder swige stille, had her nicht rechtes doran.
>
> Bamberger Stadtr. § 54: Welch Erben oder freundt bei der stat sint, unnd die do wider nichts reden, wen man es in verkundet, die moge hinnach nichts mer darnach gesprechen.

Statt durch Schweigen, wird auch wol bei der Auflassung ausdrücklich auf etwaige Einspruchsrechte verzichtet worden sein [36]). — Hat sich aber Niemand auf den Aufruf gemeldet, so steht dem Abschluss des Scheinverfahrens durch die Urteilsfällung nichts mehr im Wege [37]).

> Torgauer Statut (bei Grimm RA. p. 131): Wer ein haus verkauft, muss es mit dem reise in die gerichte auflassen, der richter lässt den kauf und eingelegte reis ausrufen; widerspricht niemand, so nimmt er das reis und reicht es dem käufer: weil das reis ausgerufen und niemand dawider ist, so leihe ich's euch von gottes rath und gerichtes wegen und gebiete frieden.

Um das Urteil fragt der Richter entweder nur einen der Schöffen, welchem dann die übrigen zustimmen (— „Volge geben“ —) [38]) oder jeden Einzelnen auf seinen Eid [39]). In beiden Fällen kommt ein „collegialisches Gerichtszeugniss“ zu Stande [40]);

---

[35]) Merckel, *firmare* p. 140 u. Anm. 106.

[36]) Seibertz UB. I. nr. 78. 425 (a. 1179. 1288). — cf. unten l. § 13 III.

[37]) Meichelbeck II. 2 nr. 373 (Kauf): Und dieweil dan vor mein als Richters aufstehn noch niemants kam, ward verer mit recht erkhant.

[38]) Schöffenurteil a. d. Dresd. Handschr. cap. 58 (bei Wasserschleben, Rechtsq. I.); — cf. Leman, Culmer R. Wörterbuch p. 346.

[39]) Meichelbeck II., 2. nr. 382 (Scheinverfahren über einen Kauf): Und so nun deshalb irrung zethun inemandt erschin, fragt ich Richter als dass ain jeden Rechtssprecher insonders auf den aid des Rechtens, die dan ainhelligen urthel bekannten.

[40]) Marienroder UB. nr. 313 (a. 1342) (bei Laband, Vermögensr. Klagen p. 237): des erwarf de selve C. v. H. (Käufer) vor mek unde vor

z. B. Wismarer Ratswillküre (a. 1323). § 2. (MUB. VII nr. 4463): Nemend unser borghere schal vorlesen sine were vnde bisittinghe unbiweghelkes ghudes, dat binnen vnsem lubeschem rechte light, van bode yeneghes mannes, wen allenen mit rechten ordelen na lübescheme rechte [41]) vor rade unde vor richte vnser stad.

dem Richter liegt nur die Verkündigung des Urteils ob. — Das Urteil bildet den Abschluss des Scheinprocesses und dient der nun folgenden Auflassung zur festen, juristischen Unterlage. Eine solche suchte man, auch wenn die Gerichtlichkeit der Auflassung nicht vorgeschrieben war, da zu erwirken, wo sie zur grösseren Sicherheit besonders wünschenswert erachtet wurde [42]).

Bei Pfandexecutionen hat die gerichtliche Zusprechung des Pfandobjectes in der Regel auf Grund eines solchen scheinprocessualisch erwirkten Urteils zu erfolgen. Selbstpfändung eines nicht derart zugeurteilten Objectes wird als Raub angesehen [43]), ausser in wenigen Fällen eines völlig unstreitigen Pfandrechtes z. B. des Grundherrn gegen den Emphyteuta [44]).

---

deme lande in des richters stad mit vorspreken unde mit dinghluden alse ordele und recht wisede, von der Ebbedissen weghene van Gandersem dat gut in sine were. — Goslarer Statut p. 26, 18.

[41]) Lübisch. R. cod. I. art. 3: *In legitimo placito tantum judicabitur de tribus causis vel articulis scil. de hereditatibus, de cespitalitatum proprietatibus et de rei publicae necessitatibus.*

[42]) z. B. Statut v. Verden a. 1330 § 25 (Gengler, p. 511): Der Rat lässt sich, obwol er selbst das Recht aufzulassen hat (ib. § 8), dennoch „mit Rechte in Gherichte" die Güter zuurteilen „und syk eghenen myd Ordelen", auf welche er ein Unterwindungsrecht ausübt. — cf. Urk. der Stadt Liegnitz a. 1382 (bei Lörsch und Schroeder nr. 203), wo eine Rente in Urteilsform gesatzt wird: Dô bat Elisabeth die vorgenante mit Nicolao Cr. dem obgenanten zû vrâgen: ab ir di vorgenanten leute den êgenanten zins ûf den vorbeschreben tag nich gêben, ab man ir nicht pfandis dôver helfen sulde, adir was recht wêre? Dô vrâgete der richter di leute, ob si icht dôwedir wolden? Dô gab orteil und recht: wenne si ir den zins ûf den vorbeschrebenen tag nicht gêben, daz man ir pfandis dôvor helfen sulde von rechtis wegen.

[43]) Augsburger Stadtr. a. 1276. 141: und soll jenem endbieten, dass er darkom er will im recht bieten, tut er das nit, so hat er in beraubet.

[44]) Brünner Schöffenbuch 117: *Si homo censualis et emphiteota*

V. Die Tradition.

§ 13.

I. Der Inhalt des Urteils hat einen doppelten Character: es stätigt einmal das Resultat des Verfahrens [1]) und fordert zweitens die ausdrückliche Anerkennung seitens des Processbesiegten, des Veräusserers. Diese erfolgt in der feierlichen Aufsagung des Eigentums mit Symbolen und „gelehrten Worten“ [2]), der *Resignatio,* Auflassung, Aufgabe, gave [3]), welche sich somit juristisch, processualisch und sachlich gleich an das Urteil anknüpft [4]).

> Lüneburger Niedergerichtsordnung (bei Pufend. obs. III. p. 363): Der Vorsprecher bittet: „Nachdem der Verkauffer solchen Erbkauff zugestanden, dass er ihme die Auflassung thun möge, oder was sonsten darumb Recht sei; darauf soll der eltist Gerichtsherr aussprechen, weill der Verkaufer dem Kauffer solches Erbkauffes gestendig ist, so soll er ihme auch die Auflassung thun, mit handt und munde von Rechtswegen.“ — Wann solches geschehen, soll der Verkäufer dem Käufer geben die Handt und sagen, hiermit lasse ich Dir mein Haus auff.“

Vielleicht hatte schon während des Verfahrens der Scheinkläger die Symbole ergriffen, so dass eine nachherige Tradition

alicuius domini censum debito termino dare neglexerit: dominus ipsum per se vel per auxilium judicis . . . in bonis, de quibus censuat impignorabit, et sine figura judicii de venditione vel obligatione pignoris, cum proborum virorum tamen testimonio, sibi de censu providebit. — Freiberger Stadtr. a. 1294. 26 (Walch III): Welcher Mann Erbzins hat an einem Hausse, der mag es pfänden ohne Gericht, oder will; — cf. Bamberger Stadtr. §§ 39. 124. 291—293.

[1]) Pardessus-Bréquigny, dipl. II. nr. 429. 603. 604. — cf. Heusler, Gewere p. 69. — cf. Laband, Vermögensr. Klagen p. 237.

[2]) Augsburger Stadtr. 317.

[3]) Beseler, Erbv. I, p. 26; — Zöpfl, RA. II, p. 352; — Walter, D. RG. 544; — Sohm, R. d. Eheschliessung p. 83 und Anm. 15; — Heusler, Gewere p. 163. 164.

[4]) Meichelbeck II, 2 nr. 373. 382.

derselben abgeschnitten ist. Das Urteil bestätigt dann blos diesen anticipirten symbolischen Aneignungsact, und die Auflassung findet in der reinen Form eines solennen wörtlichen Verzichtes statt. Die an das Urteil sich anschliessende *Resignatio* wird darum auch vor dem Gerichte, aber nicht notwendig unmittelbar durch dasselbe vorgenommen, da der Richter sich dazu wol passiv-zusehend verhalten darf [5]).

Vor dem Gerichte entsagt der Veräusserer meist mit *Festuca* dem eigenen Rechte *(exfestucare, resignare, festuca se exitum facere)* [6]).

> Rozière, form. I. nr. 286: *terra . . . per vinditionis titulum accepto vero pretio visus fuit vendidisset, ante ipsius bonis hominibus ad integrum, ut . . per manibus partibus ipsius vel herba vel terra visus fuit tradidisset, et per suum fistucum contra ipso illo exinde exitum fecit.*
>
> Seibertz, UB. I. nr. 78. (a. 1179): *ipse sponte et ex voluntate propria in manu eiusdem C. cum omni jure et integritate sua resignavit et exfestucavit.*
>
> ib. I. nr. 118 (a. 1203): *Ut igitur talis donatio rata permaneat H. R., cuius erat jus Comescie de predictis domibus et bonis, jus suum resignavit* [7]).

Durch diese Resignation wird in der Regel zugleich auf Seiten des Erwerbers der Rechtserwerb symbolisirt. Denn wenn die Lossagung vom Eigentum in der Form der Uebergabe der Symbole geschieht,

> Statut v. S. Gallen a. 1291. § 3. (Gengler p. 408): Wil ouch jeman des guotes iht versezen in phandes wise, der sol dar gen und sol mit der hant dar an

[5]) Vielleicht kommt so der Satz Heusler's, Gewere p. 10 in ein richtiges Licht: „Unrichtig ist die meist bestehende Meinung, dass durch gerichtliche Verhandlung die Tradition selbst ein gerichtlicher Act geworden sei". — cf. ib. p. 11. 165.

[6]) Zöpfl, D. RG. p. 713; — Walter, RG. 544; — Heusler, Gewere p. 70.

[7]) Seibertz, UB. I. nr. 187. 240 (a. 1229. 1245).

greifen, und sol ez in phandes wise in jenes gewalt, der ez da verphenden wil, geben, und sol dar zu keinen herren nit an sehen.

so wird factisch und äusserlich die *Resignatio* eine *Traditio* des Rechtes [8]), durch welche das Recht durch den anderen Contrahenten ohne weiteres symbolisch erworben wird [9]). Denn die Annahme des zur Entsagung hingegebenen Symboles durch den Erwerber ist für diesen die symbolische Vestitur in das neue Rechtsverhältniss [10]).

II. Zum eigentlichen Gerichtsacte wird die Tradition freilich erst, wenn der Richter, den Grundsatz der gerichtlichen Befriedigung wahrend [11]), dieselbe administrirt. Sie erhält dann die Form einer gerichtlichen Urteilsexecution, indem „die in Wahrheit freiwillige Verfügung mit dem Schein einer rechtlichen Verpflichtung, eines gerichtlichen Zwanges verhüllt" wird [12]). Alsdann treten auch die in der Tradition enthaltenen juristischen Momente schärfer hervor.

Es wird in die Hände des Richters resignirt, ihm überreicht man die Symbole [13]).

Seibertz, UB. I nr. 140 (a. 1214): *Jam dictam decimam et maxime aslon cum certis novalibus ante compositionem nostram excultis in manus dicti abbatis curam ecclesiae grasscaph gerentis resignavit.*

---

[8]) Brünner Schöffenbuch 325: *Hereditatum traditio solum fieri debet coram judice et juratis: unde quod resignatione . . . coram magistris pistorum . . . nullam obtinet firmitatem.*

[9]) Sächs. Dist. I, 31, 1: . . . so sal der daz bekennen unde sal recken dy finger; domete sal her sich der gewer vorczyn, unde sal denne daz eygen uflassen mit den fingern unde mit orkunde eines hutes adder hantschus, so daz her is mit eyme zceychen ufgebe; domete enphet her dy gewer; — ib. I, 25. I. 39, 5. — cf. Heusler, Gewere p. 194.

[10]) *Se rem ex suo jure et dominio in jus et dominium emtoris . . . ex hoc die transfundere* (Zöpfl, RA. p. 352).

[11]) Seibertz, UB. II. nr. 590 (a. 1322); — Heusler, Gewere p. 70; — Siegel, Gesch. d. Gerichtsv. p. 241.

[12]) Laband, Krit. Vierteljahrschr. XV. p. 386.

[13]) Form. Marc. I, 13; — Die *Festuca* z. B. wird in des Königs Schoos geworfen. — cf. Grimm, RA. p. 122. 201. 557.

Somit resignirt man durch seine Hand, er übergiebt die Symbole weiter [14]).

> *Jus. sus. art. 34: de manu schulteti vel ab eo qui auctoritatem habet domum . . . recipere.*

Er ist durch die *Resignatio* an ihn jetzt formeller Eigentümer geworden, er resignirt nun weiter,

> Brünner Schöffenbuch 322: *Unde ab actu judicis dicitur resignatio; vendens enim primo hereditatem in manus judicis assignat, qui eam ulterius emtori resignat.*

er gilt darum auch als der formelle Veräusserer [15]),

> Meichelbeck II. 2 nr. 382: Also auf beder thaill gewalthaben fürtragen, und gethanen rechtsatz, verschueff ich Richter . . .

welcher dem materiellen Eigentümer nun förmlich zueignet, d. h. ihn symbolisch investirt.

> Wendel. ad leg. sal: *Mejor acceptum cespitem cum sua festuca tradit emtori vel donatorio sub his verbis: ego illum fundum mihi per N. in manus praesentes deportatum in manus tuas trado atque immitto te in realem, actualem et corporalem possessionem eiusdem dicti fundi.*

> Erbacher Landrecht a. 1520 (bei Grimm RA. p. 131): Der Verkäufer sol seine Wehrschaft tun und dem schultessen ein Zweig reichen, darnach nimpt der schultess denselben Zweig und spricht zum Käufer: „begerstu den Zweig und eines solchen erbs?“ wird geantwortet ja, sagt der schultess „so reich ich dir diesen Zweig mit solchem erb.“

---

[14]) Gatterer, elem. art. dipl. § 250. p. 181: *Praeterea observare licet, investituras non semper iis ipsis, ad quos illae spectabant, ἀμέσως s. immediate collatas fuisse; sed symbola interdum Judicibus, Principibus, Praesulibus, uno verbo iis, quorum potestati investiendi fuerant subiecti, commissa et ab illis deinde iis, ad quos pertinebant, reddita esse.* — cf. Meichelbeck I, 2 nr. 1182.

[15]) Die Salmänner wurden auch durch die an sie vollzogene *Traditio* formelle Eigenthümer.

Letzterer wird an den Richter gewiesen, um von diesem sein Recht symbolisch zu empfangen.

> Wiener Stadtrecht art. 120 (Schuster): Wer ein perkrecht oder ein purchrecht chaufft, der sol daz auch aufnehmen, und empfahen von dem gruntherrn [16]).

Wenn keine Symbole von den Parteien mitgebracht sind, hilft sich der Richter bei der Uebereignung mit seinem Gerichtsstabe; auf diesen empfängt er den Verzicht, die Aufgabe der Güter, und von demselben (— als wenn das Recht jetzt auf den Stab übergegangen sei —) erteilt er an den Erwerber die Einantwortung [17]).

> Meichelbeck II. 2. nr. 383: Das Urteil in dem über den Kauf geführten Scheinverfahren lautet: Da der Kauf richtig sei „so soll der Langkofferin Gewalthaber (Verkäuferin) die Stuckh und guetter sambt allen ihren zuegehören dem Richter an dem Gerichtstab auff und ybergeben, und meinem Genädigen Herren Anwalt dieselben von dem Richter eingeantwurtt und Gerichtsstab wiederumb empfahen."

III. Diese Scheinexecution des Urteils geht nicht blos gegen den früheren Eigentümer, sondern auch gegen diejenigen Personen, deren Rechte bei der Veräusserung in Betracht kommen. Ihre Berechtigung resigniren sie oft in derselben symbolischen Weise, wie der Hauptveräusserer, so z. B. beteiligt sich die Ehefrau an der *Exfestucatio* ihres Mannes,

> Seibertz, UB. I. nr. 389 (a. 1280): *Ego H. notum facio, quod omnem hereditatem meam accedente uxoris mee legitime Lyse et pueri mei consensu et licentia speciali vendidi . . . promittendo fide prestita corporali, quod . . . per annum integrum et diem . . . prestabo*

[16]) cf. dazu den Erlass Herzogs Rudolf des Stifters a. 1360, der dieses Amt auf Rat und Bürgermeister überträgt.

[17]) cf. Zöpfl, RA. II. Aufsatz XII, p. 373 über die allodiale Belehnung mit dem Halm in Frankfurt a/Main.

warandiam. Preterea dictam uxorem meam et puerum meum . . abrenunciare faciam cum effestucatione et abrenunciatione debita et consueta.

und die Erben an der Auflassung ihres Vaters.

Seibertz, UB. I. nr. 78 (a. 1179): *Similiter quoque omnes heredes sui super eadem decimatione fecerunt, renunciantes omni jure suo super ea.*

VI. Die Tradition durch die Salmänner.

§ 14.

1. Begriff, Zweck und Erfordernisse.

Bei der *Traditio* treten oft zwischen Veräusserer und Erwerber Mittler von principaler[1]) Bedeutung, welche selbstständig die *Traditio* an andere vollziehen, ohne materielle Eigentümer zu sein[2]). Dies sind die Salmänner, eine Benennung, in der auf ihre Beziehung zur Sale hingewiesen ist[3]).

Schon bei der fränkischen Affatomie kommt eine solche Mittelsperson vor, an welche resignirt wird und welche innerhalb zwölf Monaten an den eigentlich Bedachten weiter tradiren soll[4]). Um das Jahr 750 finden sich ebenfalls Schenkungen, welche trotz der Gegenwart des wahren Schenkers durch die Hand eines Dritten gemacht werden[5]). Einen allgemein technischen Namen erhielten diese Mittler erst im XII. Jahrhundert, obwol der Name „Salman" als Eigennamen schon im VII. Jahrhundert

---

[1]) Von nur accessorischer Bedeutung sind die Handlungszeugen, welche höchstens als Salbürgen gegen Dritte den durch ihre Festigung vollzogenen Formalact garantiren. — Beseler, Erbvertr. I. p. 262.

[2]) Grimm, RA. p. 555.

[3]) Merckel, *firmare* p. 152 und Mon. boic. XI. 381 (a. 1303) ib. cit.

[4]) l. sal. tit. 46. — Beseler, Erbvertr. I. § 7 p. 96—107, 278; — Zöpfl, RA. II. p. 295; — Sandhaas, Germ. Abh. p. 8; — Stobbe, Z. f. Rg. VII. p. 408. — *ante duodecim menses* bedeutet nicht nach, sondern innerhalb zwölf Monaten.

[5]) Meichelbeck I. 2 nr. 4; I, 1 p. 52. — Auch deren Bestellung geschah wie die der Salmänner; — Merckel, *firmare* p. 147.

vorkommt [6]). Teils frühere, teils spätere speciellere Benennungen, gewöhnlich mit dem Zusatze, *qui vulgo salaman nominatur*, sind *testator* [7]), *legator* [8]), *delegator, legatarius* [9]), *mediator* [10]), *defensor* [11]), *conservator* [12]), *executor* [13]), *fiduciarius, fides manus* [14]), *fidejussor* [15]), *saleburgio* [16]), *patrator* [17]), *eleemosynarius* [18]), *seneta* [19]), und Vormund [20]).

Rechtszwang sich der Salmänner zu bedienen, bestand nicht [21]). Aber oft zwangen die factischen Verhältnisse dazu, z. B. wenn einer der Contrahenten an der *Traditio* wegen

---

[6]) Dronke, cod. dipl. fuld. nr. 274 (a. 812). — Merckel, *firmare* p. 149 Note 1147; — Albrecht, Gewere p. 245 Note 672; — Häberlin, Meichelbeck p. 37; — Grimm, RA. p. 555; — Beseler, Erbv. I. p. 262 und ib. die Urkunde a. 1108.

[7]) Beseler, Erbv. I. p. 262.

[8]) Albrecht, Gewere p. 245 Note 673; — Zöpfl, RA. II. p. 295; — Häberlin, Meichelbeck p. 38. 80; — Heumann, *comm. de Salm.*, in dessen opusc. 301. — Urk. nr. 43 bei Lörsch und Schroeder.

[9]) Schannat, *vind. litt.* I. 89; — Zöpfl, RA. II. p. 295.

[10]) Heumann, ib. 308; — Häberlin, ib. p. 38; — cf. Laband, Lehre v. d. Mäklern in Z. f. d. R. XX. p. 35.

[11]) Meichelbeck I, 2 nr. 358 (a. 818): *Sanxerunt Hittonem episcopum et defensorem eius vestire debere.* — Häberlin, ib. p. 38.

[12]) Heumann, ib. 303: *prelegit fore conservatorem et suum esse salman.* — Beseler, Erbv. I. p. 275; — Albrecht, Gewere p. 245 Note 675.

[13]) Haltaus 1586: *fuit executor, quod vulgariter dicitur Salmann.* — Häberlin, ib. p. 38.

[14]) Albrecht, Gewere p. 245; — Beseler, Erbv. I. p. 180 Anm. 6.

[15]) Heumann, ib. 306: *per manum fidejussoris mei, quod vulgo dicitur salman;* — Häberlin, ib. p. 38; — Zöpfl, RG. p. 714; — Albrecht, ib. p. 245 Note 677.

[16]) Heumann, ib. 320: *acta est haec traditio . . . per manus fidejussorum, quos vulgariter vocamus Saleburgiones.* — cf. Albrecht, ib. p. 246.

[17]) Zöpfl, RA. II. p. 297, 8.

[18]) Urk. nr. 140 bei Lörsch und Schroeder; — Guden I. nr. 60 (a. 1123) — Walter, RG. 596.

[19]) cf. Laband, Lehre v. d. Mäklern l. c. p. 35. *(seneta = proxeneta.)*

[20]) Beseler, Erbv. I. p. 180. Anm. 6. p. 280. — Umgekehrt werden Vormünder auch Salmänner genannt, z. B. Rechtsbrief Conrad's von Zähringen a. 1120 § 57 (Gengler p. 130): *Salmannus autem usque ad XII. annos et amplius donec ipsi non poposcerint eos habebit in cura.* — cf. Waitz, Verfassungsgesch. VIII. p. 90; — Merckel, *firmare* p. 148.

[21]) Zöpfl, RA. II. p. 296, 7.

Krankheit [22]), Entfernung [23]) oder Auflassungsunfähigkeit [24]) nicht teilnehmen konnte [25]). Nächst dem Zwecke, eine Tradition zu ermöglichen, zog man Salmänner hinzu, um eine solche zu sichern. Selbst in Gegenwart der wahren Contrahenten wurde dann oft durch einen Salmann tradirt [26]), dessen Aufgabe es späterhin war, die Traditio als *conservator* und *defensor* in vogteiähnlicher Stellung zu schützen [27]). Er diente wie ein Bürge zur Bestärkung des Rechtsgeschäftes [28]); seine Stellung wurde aber besonders im Processe wichtig, wo er wie ein materieller Eigentümer klagen, beklagt und als Auctor angerufen werden konnte. Daher heissen die Salmänner auch *advocati* und *mundeburdi* [29]). Wenn auch die Fähigkeit, Salmann zu werden mit der Fähigkeit zu tradiren, identisch ist [30]), so dass es rechtlich keinen Unterschied machte, ob diese Mittler von hohem oder niederem Stande [31]), ob alt oder jung, ja sogar ob sie Männer oder Weiber [32]) waren, so

[22]) S. Em. Urk. XXV. p. 19 (bei Zöpfl l. c. p. 295): *presbyter quidam in infirmitate positus commendavit proprietatem suam in manum cognati sui, nobilis viri A., eo jure, quatenus eam S. Emmerano traderet, eadem potestate, qua ipse, si potuisset.*

[23]) S. Em. Urk. CCXXXVIII. p. 122 (bei Zöpfl l. c.); — Seibertz, UB. I. nr. 259 (a. 1249): *Thanquardo milite de H. pro nobis id agente quia personaliter nequivimus interesse.*

[24]) Wegen der im § 3 angeführten Verbote konnten an vielen Orten Fremde, Geistliche und Juden u. a. nicht vor Gericht auflassen, daher veräusserte man blos materiell an sie, formell aber tradirte man durch den Salmann. — Stobbe, Z. f. Rg. VII. p. 431—434, 436.

[25]) Beseler, Erbv. I. p. 264. 265.

[26]) Dronke, cod. dipl. fuld. nr. 220. 221. 654. — Stobbe, l. c. p. 411.

[27]) Meichelbeck II. 1 p. 22 (a. 1244): *In loco venditionis protestatus est, idem episcopus, quod si forte ipse intestatus decesserit, quod prenominatus T. sepe dictam villam ad usus ecclesiae beatae virginis tamquam verus salman conservabit simul defendet.* — Zöpfl, RA. II. p. 290. 296; — Beseler, Erbv. I. p. 284—288; — Walter, Rg. 596.

[28]) Merckel, *firmare* p. 147. 150.

[29]) Heumann, ib. 309: *in manum . . . A. comitis de D., qui traditionis huius advocatus et mundiburdus institutus est . . . libere et absolute tradidimus.* — Stobbe, Z. f. RG. VII. p. 429.

[30]) Albrecht, Gewere p. 253 und Note 700.

[31]) z. B. Ministeriales oder Comministeriales. — Lacomblet, UB. I. nr. 245. — Zöpfl, RA. II. p. 297, 6.

[32]) S. Em. CXLVIII p. 67 (Zöpfl l. c. p. 297): *qualiter junior Hannart . . . tradidit per manum marterterae suae M. servum suum.*

nahm man doch in Wirklichkeit wegen der Schutzgewähr zu Salmännern meist solche Personen, welche Vertrauen und Macht besassen [33]), z. B. seine Erben, Verwandte, Freunde [34]) und angesehene Personen [35]). — Auch mehrere Salmänner konnten zum Zwecke einer *Traditio* bestellt werden, nicht nur so, dass für jeden der Contrahenten ein solcher fungirte, sondern auch so, dass die mehreren alle von einer Partei bestellt wurden, z. B. aus Vorsicht für den Fall, dass der eine Salmann vor der ihm aufgetragenen Tradition sterben sollte, in welchem Falle dann die Tradition durch den überlebenden Salmann (— Ersatzsalmann —) [36]) zu vollziehen war, oder indem bei der Tradition von s. g. Gesammteigentum jeder Eigentümer sein Recht durch einen besonderen Salmann aufliess (— Nebensalmänner —) [37]).

Das Institut der Salmänner, einmal als practisch anerkannt, ward bald weit verbreitet, und die Tradition durch die Salmänner wurde besonders in jenen Gegenden, wo die Gerichtlichkeit der Auflassung nicht erfordert wurde, als ein fast gleichwertiges

[33]) Löning, Vertragsbruch p. 525; — Beseler, Erbvertr. I. p. 266: — Zöpfl, RA. II. p. 295; — Häberlin, Meichelbeck p. 38; — Albrecht, Gewere § 23.

[34]) Lörsch u. Schroeder urk. nr. 76; — Mon. boic. coll. nov. I. 2. p. 272 (bei Beseler, Erbv. I. p. 271); — Grimm, RA. p. 555; — Albrecht, Gewere p. 253; — Zöpfl, RA. II. p. 297, 6.

[35]) z. B. den Bischof oder Vogt: Meichelbeck I. 2. nr. 1016. 1018. 1086. 1133. — Waitz, Verfassungsgesch. VIII. p. 90 und Anm. 6; — Häberlin, Meichelbeck p. 24; — cf. Merckel, *firmare* p. 151. — siehe Lörsch u. Schroeder, urk. nr. 127, wo der Kölner Judenbischof der Treuhänder der ganzen Gemeinde ist.

[36]) Schannat. trad. fuld. I. nr. 636 (c. a. 1145): *Cunctis Christi fidelibus volumus esse notum, H. de S. . . . cum esset sine liberis, nos fratres . . . sibi fecisse heredes. Iste cum ob spem vitae aeternae ad sepulcrum domini iter dirigisset bona sua, quae in proprietatis jure cesserant in S. et N. et M. in manum C. de N. et B. de N S., quoque de W. multis presentibus ea ratione alligavit, ut si a coepto itinere ulterius non rediret, eadem bona sua ad altare S. B. . . . delegaret, et si quis eorum trium prior de morte illius certus efficeretur, statim et aliis nescientibus delegaret, et alii hoc factum pro rato ducerent. — Igitur, ut finem illius vitae S. percepit, quod fide promisit et manu percepit, ad altare . . . delegavit.*

[37]) Meichelbeck II. nr. 32 (a. 1256) hat jeder Ehegatte seinen eigenen Salmann.

Sicherungsmittel zur allgemeinen Gewohnheit [38]). Die Blütezeit der Salmänner ist das XIII. Jahrh. [39]), wo sie bei Kauf- und Tauschgeschäften, besonders aber bei Vergabungen auf den Todesfall vorkommen. Bei letzteren Geschäften hatten sie die practische Bedeutung, dass der Veräusserer, weil er nicht dem Bedachten selbst aufliess, die Tradition vom Salmann rückgängig machen konnte [40]). — Bei der Bestellung eines Salmannes konnte der Eigentümer vorläufig den Namen dessen, an den weiter tradirt werden sollte, unerwähnt lassen [41]). Diese Bestellungsart gewann Beliebtheit und führte — besonders in Baiern und Franken [42]) — dazu, dass man, auch ohne an eine Veräusserung überhaupt zu denken, einen Salmann für jedes Grundstück bestellte, um ihn für alle Eventualitäten (— *in eventum* —) gleich vorräthig zu haben [43]). Ein solcher Salmann wird so sehr als mit dem Grund und Boden verwachsen betrachtet, dass er das durch ihn tradirte Grundstück meist von dem neuen Erwerber sofort zurückerhält zu Salmannseigen, Sallehen [44]). Bittet aber der Eigentümer einen andern zum Salmann für sein Gut, so verlangte dieser aus gerechtfertigter Vorsicht oft von ihm erst die eidliche Versicherung, dass das Gut noch keinen Salmann habe, um mit diesem nicht in Concurrenz zu kommen [45]).

[38]) Merckel, *firmare* p. 152.

[39]) Häberlin, Meichelbeck p. 36—40. 42—44. 66—67. 80. 103. 204.

[40]) Stobbe, Z. f. RG. VII. p. 423. — Diese Art von Vergabungen auf den Todesfall bereits bei Marculf I, 13; — im IX. Jahrh. ist sie schon sehr üblich, z. B. in Franken (— Schannat, trad. fuld. I. nr. 202. 490 [a. 806. 866] —), in Baiern (— Meichelbeck I. 2 nr. 287. 300. 308. 321 [a. 811. 816. 814. 816] —), und in Allemannien (— Neugart, cod. dipl. Alam. I. nr. 391 [a. 860] —). — cf. Stobbe, l. c. p. 422; — Beseler, Erbv. I. p. 277. 278.

[41]) Beseler l. c. p. 264. 272; — Albrecht, Gewere p. 250; — Zöpfl, RA. II. p. 296, 5.

[42]) Stobbe, Z. f. RG. VII. p. 421.

[43]) Sogar Gemeinde- und Gerichtsbezirke scheinen einen *legitimus salmannus* gehabt zu haben. — Merckel, *firmare* p. 149.

[44]) Diese Benennungen sind für den Rechtscharakter der Sache bedeutungslos. — cf. Albrecht, Gewere, p. 252; — Beseler, Erbv. I. p. 275 und ib. p. 273 sq. das Weistum a. 1442. — Vgl. überhaupt Stobbe, Z. f. RG. VII. p. 430.

[45]) Meichelbeck II. 1, 22 (a. 1244): *Idem etiam comes juramenta*

§ 15.

2. Rechte und Pflichten der Salmänner.

Dem Salmann wird das Gut, gerade so, wie dem materiellen Erwerber vermittels Uebergabe eines Symbols (— meist einer *festuca* —) in die Hand tradirt [1]). Damit diese Auflassung vollständig sei, resigniren die Erben ebenfalls an den Salmann [2]). Da aber dieser Tradition kein Veräusserungsgeschäft zu Grunde liegt, fällt auch der das Rechtsfundament der Auflassung bestätigende Scheinprozess im Gericht fort, so dass überhaupt ihre Bestellung meist aussergerichtlich blos vor Zeugen geschah, wie beim salischen *Adfathamire* [3]).

Durch die Tradition wird der Salmann formeller Eigentümer [4]) und berechtigt, weiter zu tradiren, während der wahre

---

suo publice declaravit, se nullum habere, qui vulgo salman nuncupatur ad suprascriptam villam; proinde consensum et voluntatem domini episcopi dominum G. de S., prelegit fore conservatorem et suum constituit esse salman prefate ville.

[1]) Dronke, cod. dipl. fuld. nr. 613 (a. 867): *tradimus tibi R. in fidei tuae manum . . . ut ad monasterium tradas . . . ea ratione, ut a die praesente ratum et stabile permaneat;* — ib. nr. 675 (a. 929); — Meichelbeck I, 2. nr. 308 (a. 814): *et in manus illorum totam dictam rem meam per wadium posui, ut ipsi perfecissent traditionem;* — Schannat, litt. vind. I. p. 114. II. p. 6 (a. 1114. 1192); — Vaissette I. preuves nr. 55, wo den *eleemosynarii per andelangum et per paginam testamenti* aufgelassen wird; — Heumann, l. c. 312; — Beseler, Erbv. I. p. 264. 281. cf. II. p. 29; — Stobbe, Z. f. RG. VII. p. 409—412; — Albrecht, Gewere p. 245; — Häberlin, Meichelbeck p. 80; — Walter, RG. 596. Anm. 3; — Merckel, *firmare* p. 149; — Zöpfl, RA. II. p. 290. 297, 9.

[2]) Meichelbeck I, 1, 44; — Schannat, litt. vind. I. p. 114 (a. 1114): *Predium quod — L. junior vendidit, patre suo L. comite — precipiente sibi et collaudante, et cohaeredibus suis cunctisque proximis ac liberis suis in id ipsum consentientibus per omnia, ut, — in manus trium virorum liberorum ad monasterium R. sollemni more delegandum coram testibus adnotatis contradidit.*

[3]) Merckel, *firmare* p. 147.

[4]) *Servi* sind also als Salmänner unbrauchbar. Wo sie als Stellvertreter erwähnt werden, sind sie entweder als freie *Nuntii* anzusehen, oder unter der *traditio* nicht die des Rechtes, sondern des Besitzes (— Vestitur —)

Eigentümer das formelle Veräusserungsrecht der Auflassung verliert. Der Salmann kann ohne die Teilnahme des Eigentümers wirksam tradiren [5]), aber der Principal kann nicht mit Uebergehung des Salmannes auflassen, wenigstens dessen passive Assistenz ist nötig: falls aber auch letztere fehlt, so wiederholte der Salmann die Auflassung [6]).

Die nach aussen freie Eigengewere [7]) des Salmannes war dem Principal gegenüber durch den Inhalt des gegebenen Auftrages (— *causa traditionis* —) beschränkt, so dass er in einer bestimmten Weise weiterauflassen musste. Sowol der Veräusserer als der materielle Erwerber konnten ihn zur Erfüllung dieser *obligatio restituendi* durch Klage anhalten [8]). — Fällt diese Verpflichtung fort, sei es wegen Deficienz einer Bedingung [9]), z. B. bei der Rückkehr dessen, der seine Güter dem Salmann tradirt hatte mit der Bestimmung, dieselben für den Fall seiner Nichtheimkehr aufzulassen [10]) oder zufolge Tilgung einer Schuld, deren Nichtzahlung die Bedingung der dem Salmann aufgegebenen Auflassung an den Gläubiger war [11]), oder sei es durch

zu verstehen: S. Em. CCXXXVIII. p. 122 (bei Zöpfl. RA. II. p. 297): *quia predictus miles propter longinquitatem viae Ratispunam venire non potuit, servum suum misit, qui predictam traditionem vice sua expleret.*

[5]) Merckel, *firmare* p. 152.

[6]) Stobbe, Z. f. RG. p. 412. 415; — Beseler, Erbv. I. p. 268; — Heumann l. c. 317. — cf. Meichelbeck I. 2. nr. 492 (a. 825).

[7]) cf. Merckel, *firmare* p. 147; — Albrecht, Gewere p. 232. 233; — Beseler, Erbv. I. p. 267.

[8]) cf. Meichelbeck I. 2. nr. 308 (a. 814). — Merckel, *firmare* p. 147.

[9]) Stobbe, Z. f. RG. VII. p. 420.

[10]) Lörsch u. Schroeder urk. nr. 50: *trado igitur ad monasterium S. Galli, cui Grimaldus preest, (aliquas proprietatis mee res) ea videlicet ratione, ut si de instanti itinere incolumis rediero, easdem res ad me recipiam proprio juri subiectas, si ita libitum tunc fuerit; si autem Deo disponente debitum humanum in eodem itinere exsolvero, ad prefatum coenobium omnes supradictas res revertantur. Acta autem est haec traditio in H.* (der der Salmann ist —).

[11]) Meichelbeck I. 2 nr. 1355 (a. 1158): *Dux C. de D. praedia sua delegavit in manus H. comitis de P. delegavit beneficia quoque in manus episcopi sub pignore deposuit, eo tenore, si ipse praedictam pecuniam in Assumptione Sanctae M. domino episcopo non reddat, H. comes de P. praefata praedia super aram S. Mariae deleget, beneficia in usus episcopi libere pro voluntate sua cedant.*

Widerruf des Principals, so geht sein nach aussen bestehendes formelles Eigentum nicht ohne Weiteres [12]), sondern erst durch eine *Resignatio* oder *Retraditio* des Salmannes an den Principal unter [13]).

Kraft des Auftrages war der Salmann berechtigt, dort, wo er zur Ausführung der *Traditio* den Besitz des Gutes nötig hatte [14]), unter Berufung auf seine formelle Eigengewere und die ihn legitimirende Bestellung durch Auflassung von Dritten das Gut herauszufordern. Gleichwol hat er aber dieses Gut nicht etwa als Stellvertreter des Principals inne, sondern ihm steht daran eine eigene Gewere, ein selbstständiges Nutzungsrecht zu. Daher können seine Privatgläubiger Befriedigung aus den Erträgen des Gutes verlangen, dasselbe in Beschlag nehmen und ihn aus dessen Besitz vertreiben [15]): das Eigentum aber können sie nicht distrahiren, weil es materiell nicht ihm, sondern seinem Principal zusteht.

---

[12]) Wie Albrecht, Gewere p. 232. 247. 248 meint.

[13]) Mon. Boic. XXVIII. 6 p. 322 a. 1227): So wird ein Gut von einem Salmann, der nur von einem Ehegatten bestellt war, zurücktradirt, nachdem beide Ehegatten gemeinsam zu schenken beschlossen hatten. — cf. Stobbe, Z. f. RG. VII. p. 417.

[14]) z. B. wenn die Erben das Gut nach dem Tode des Principals nicht herausgeben wollten oder wenn der Principal erbenlos starb.

[15]) Nach Erfurter Stadtr. a. 1306 art. 39 (Walch I. p. 116) muss er sogar noch Stadt und Weichbild verlassen: Wirt abir der man beclagit, deme gut zu getruwir hant bevolen iz, daz gut mac man ime frone. unde wirt daz gut gefronit, daz sal der entwerre der iz zu getruwer hant inne hat binnen dren virzen nachten. — tute he des nicht, so sal he ein jar rume di stat unde dez wipelde, unde in sal her in nicht kume, he en habe, daz gut entworren. — cf. Beseler, Erbv. I. p. 270; — Albrecht, Gewere p. 248 Note 693 und p. 249.

III. Abschnitt.

Die Vestitur.

§ 16.

Der Traditionsact macht das durch den Contract (— Sala —) bereits begründete Eigentum [1]) erst absolut [2]): Dritten gegenüber wird durch den Formalact das Auflassen durch den früheren Eigentümer und das Ueberlassen an den neuen Eigentümer öffentlich dargelegt. Nicht blos der Veräusserer muss es dann gegen sich gelten lassen, sondern jeder Dritte wird verpflichtet, das neue Verhältniss nicht zu verletzen.

Neben dieser Tradition ist die reale Vestitur die solenne Uebernahme des Besitzes [3]), die daher [4]) stets auf dem Grund-

[1]) Der heutige norweg. Salg (Verkauf) begründet das Eiendom (Eigentum); — cf. *code civil. art.* 1583.

[2]) Schuster, Z. L. v. d. Genossensch. in Z. f. d. Privat- u. öffentl. R. d. Gegenw. IV. p. 586 sq.

[3]) Nötig, „weil der deutsche Immobiliarbesitz nicht durch *nudum corpus* und *animus* erworben wird." Sohm, R. d. Eheschl. p. 83.

[4]) Allerdings findet sich hier und da eine Besitzvestitur, die keine reale ist und zugleich mit der *Traditio* stattfindet. Hier dient die Form der *Traditio,* auch wenn sie nicht auf dem Grundstücke, sondern im echten Ding vor sich geht, dazu, um symbolisch einen feierlichen Besitzwechsel durch *Constitutum possessorium* nach aussen darzulegen, dem nachher die reale unfeierliche Besitznahme folgte. Als solche Contraditionen von Recht und Besitz (— Mon. Boic. XXVIII. 6. 261: *cum traditione investituram quoque contradidit* —) lassen sich die von Laband, krit. Viertelj. XV. p. 405. 406 als „widerstrebend" angeführten Urkunden erklären, z. B. Meckl. UB. I. nr. 50. p. 40 (a. 1150) wo Herr G. seine in H. gelegenen Güter in dem echten Ding zu A. dem Käufer mittels des Symbols des Handschuhes *in liberam et stabilem perpetuamque tradidit possessionem.* — Ebenso Lacomblet UB. III. nr. 30, wo bei der *in strata publica* vorgenommenen Salung die Erwerber eingesetzt werden *in possessionem corporalem dictorum bonorum seu allodii per modum et actum, qui dicitur verseylen.*

stücke selber vor sich ging [5]). — Sie ist ein selbstständiger Act mit blos factischem Inhalt. Sie ist also insbesondere nicht notwendig eine Folge der Tradition. Vielmehr kann sie auch ohne Beziehung zu einer solchen, also ohne dass ihr ein Veräusserungsgeschäft zu Grunde liegt und die bestehenden Rechtsverhältnisse sich ändern, vorgenommen werden: nur die Ausübung des Rechtes, der Besitzstand wechselt. — Bei einer Tradition folgte sie zwar meist derselben, entweder im sofortigen Anschluss [6]) oder bald [7]) darauf, z. B. am folgenden Tage [8]), konnte aber auch (— so jetzt noch in Mecklenburg —) [9]) vorausgehen. Dies war häufig dann der Fall, wenn die Contrahenten sich vorher noch das Grundstück ansahen, wo man wol der Einfachheit wegen die allerdings bis zur Tradition nur provisorische und bedingte Vestitur übertrug [10]); auch verschob man wol die formelle Rechtsübertragung erst bis zur vollen Bezalung des Kaufpreises, um nicht leichtsinnig zu creditiren und erteilte vorerst nur die Vestitur [11]).

[5]) Neugart I. nr. 727 (a. 947): *Tunc datis nuntiis a comite . . . ad ipsum locum venientes vestituram ab illis — acceperunt.* — Meichelbeck I, 2 nr. 538. 655. 659. — Heusler, Gewere p. 18. 19; — Beseler, Erbvertr. I. p. 28. 29. 43; — Merckel, *firmare* p. 157; — Grimm, RA, p. 557. 563.

[6]) Meichelbeck I, 2. nr. 607 (a. 839): *R — tradidit — quidquid ibidem habuit. — His omnibus firmiter peractis statim de omnibus rebus suis per superliminarem domus suae vestivit Episcopum . . . et exivit ipse R. traditor et intravit Episcopus.*

[7]) Falke, Trad. Corb. p. 269 sq. (Kraut nr. 19).

[8]) Meichelbeck I. 2. nr. 538 (a. 829): *Sequenti vero dominico die . . . venerandus Hitto misit episcopus advocatum suum, ut legaliter investituram accipiat ipsius rei.*

[9]) Vgl. Buchka und Budde, Entscheidungen des Grossh. Mecklenb. OAGerichts zu Rostock. V. 1865. pp. 160. 161.

[10]) Behrend, Stendaler Urteilsbuch a. d. XIII. Jahrh. p. 10: Erst provisorische Einweisung, darauf erfolgt eine mit Aufbietung verbundene Klage und demnächst erst die definitive Uebereignung. — Zöpfl, RG. p. 714; — Heusler, Gewere p. 23; — Brunner, Carta p. 20; — Laband, Krit. Viert. XV. p. 406.

[11]) Chart. I. p. 37 (angeführt v. Heusler, Gewere p. 23): Nach Bezalung des halben Kaufpreises wird investirt; die Tradition erfolgt, als nach dem Tode des eigentlichen Erwerbers dessen Erben die zweite Hälfte zalen. *Nos . . . accipimus ad Gariardo solidos XIV. in precio pro precias duas,*

Die Form der Vestitur war, wenn auch oft als *„legitima“* bezeichnet [12]), freier, als die der Tradition, weil kein Recht in strikter Form übergeben, sondern nur durch irgend eine passende Handlung Besitz und Besitzergreifung constatirt werden sollte [13]), mochte diese nun ein zweiseitiger Act oder eine einseitige Apprehension sein [14]). Letztere, die Selbstinvestitur, bestand darin, dass der Erwerber das ihm resignirte Recht als das Seinige ausübte [15]), z. B. durch Eintritt in die Tür, Ueberschreiten der Schwelle, Anfassen des Türrings, Einrammen eines Pfahles, Berührung des Glockenseiles, der Altardecke u. s. w. [16]). — Der Tradent ist dann blos Zeuge des Actes und wird als solcher auch genannt [17]).

Es liegt ein principaler Gegensatz von Tradition und Vestitur eben darin, dass bei der ersteren das Hauptgewicht auf der Seite des Veräusserers liegt, der das Recht resignirt, auflässt, bei der letzteren auf der Seite des Erwerbers, der den Besitz erhält oder nimmt. In Folge dessen wird die *Traditio* auch blos *Resignatio* genannt und die Vestitur zur Bezeichnung des sich aus ihr ergebenden Zustandes des Besitzens gebraucht, so

---

unde nos eum investivimus ad proprietatem et ei obligavimus, ut ei exinde cartolam vinditionis emitere debuissemus. Sed dum Gariardo mortis hocasum coniunxit, modo accipimus ad te Bernardo filius Gariardi solidos VII., unde ipse genitor tuus de ipsis rebus nobis debitor fuit, fenito precio pro ipsis campis quantumcunque genitor tuus de nostris partibus investidura abuit, omnia de nostro dominio in tuo a praesenti die vindedimus et tradedimus.

[12]) z. B. Meichelbeck I, 2. nr. 538. (a. 829). — cf. Heusler, Gewere p. 41. 42.

[13]) Merckel, *firmare* p. 157. 158; — Beseler, Erbv. I. p. 30.

[14]) Nur die Selbstinvestitur war die Form, wo zum Zwecke der Derelliction resignirt war und die Besitznahme durch Occupation geschah.

[15]) Walter, RG. 545; — Beseler, Erbv. I. p. 31. 32. und Anm. 25; — Albrecht, Gewere p. 65. 67; Note 126. — cf. Schannat, trad. fuld. I. nr. 82. 111 (a. 771. 796).

[16]) Meichelbeck I. 2 nr. 369. 368. 412. 510. 550. 661; — Pufendorff, obs. III. p. 119. — Merckel, *firmare* p. 157; — Heusler, Gewere p. 20; — Grimm RA. p. 174. 184. 186. 194. 563. 564. — h. l. § 9. Klasse III.

[17]) Schannat, trad. fuld. I. nr. 359 (a. 824). — cf. Beseler, Erbv. I. p. 33.

dass sie Besitz [18]) = Gewere [19]), resp. Nutz und Gewere [20]) bedeutet [21]).

Aus der Möglichkeit einer Selbstinvestitur folgt ohne Weiteres, dass das Wesentliche des Actes der Investitur auf der Seite des Erwerbers liegt, die Teilnahme des Veräusserers mithin ausserwesentlich ist. — Zur Selbstinvestitur ist der Erwerber durch die *Traditio* berechtigt, durch welche er alles Recht, auch das Recht zu besitzen, erworben hat [22]); bei dem Veräusserer

[18]) Daher die Ausdrücke: *tradere, dimittere, vestire vestituram.* — Meichelbeck I. 2. nr. 60. — Merckel, *firmare* p. 156. 157; — Gerber, Z. f. C. u. Pr. N. F. XI. p. 20. 21; — Zöpfl, RG. p. 715 Anm. 13 und 14; — Walter, D. RG. 528; — Laband, Vermögensr. Klagen p. 159. 165.

[19]) Grimm, RA. p. 602: gewere vom ahd. warjan, werjan, goth. vasjan, investitura. — Gewere und *Warandia* (Gewährleistung) sind wol zu trennen (— cf. Gaupp, Z. f. d. R. I. p. 96. —). — Laband, Krit. Viertelj. XV. p. 390: „Verhängnissvoller Irrtum, dass der Begriff des dinglichen Rechtes von dem Begriff der Vestitur abhängig sei.“ — cf. Heusler, Gewere p. 1. 2. 50. 60; — Beseler, Erbv. I. p. 37 u. ib. Anm. 44; — Walter, D. RG. 528; — Gerber l. c. p. 4. 21. 22.

[20]) Wer die Gewere am Gute hat, hat die Nutzung; wer den Nutzen hat, hat die Gewere. Durch *„usus et auctoritas“* wird nur das Wort Nutzen übersetzt. — Münchener Stadtr. a. 1347. art. 33. 54. 154. 160. 196. 198. — Sandhaas, Germ. Abh. p. 81—162; — Walter, RG. 489, Anm. 3; 529. 530; — Heusler, Gewere p. 51. 52. 59. 62. 115—117. 140.

[21]) Besitz von Rechten ist deren Ausübung, Nutzung. Daher hat 1.) der blosse Eigentümer, der weder die Sache hat noch nutzt, also keine Ausübung seines Rechtes macht, keine Vestitur, sondern 2.) die Gewere ist bei denen, welchen die Erträge des Gutes zukommen, bei dem Satzungs- oder Nutzungsbesitzer. Da aber 3.) die Detention zur Nutzung einer Sache unnötig ist, so kann auch ein nutzziehender Nichtinhaber die Vestitur haben; so hat namentlich der Eigentümer eine Gewere, wenn er von dem das Gut innehabenden und bebauenden Precaristen oder Emphyteuta einen Nutzen bekommt. Ob aber 4.) neben der Gewere des Eigentümers eine des Precaristen besteht oder nicht, hängt davon ab, ob er als ein Stellvertreter des Eigentümers (— wie ein Pächter oder Mieter —) gegolten hat; für das ältere Recht ist dieses unklar (Laband, Krit. Viert. XV. p. 391 gegen Heusler, Gewere p. 63. 64), im späteren Recht aber hat der Precarist zweifellos eine eigene Vestitur. — cf. z. B. Meichelbeck I. 2. nr. 369. 538. 540. 661.

[22]) Schannat, trad. fuld. I. nr. 82 (a. 778): *totum et integrum a die praesente sic volumus esse traditum et firmatum, — ut hanc rem ab ulla persona nostrorum cohaeredum incontradictam et inexquisitam vos et posteri vestri habere, frui perenniter firmissimam habeatis potestatem culmo connexam, vobis ad vestiendum et ad inducendum et ad roborandum. —*

ist nicht etwa ein Recht zurückgeblieben, welches er erst durch die Vestitur aufgibt. Die Vestitur ist daher keine Ergänzung und Vollendung der Auflassung [23]); auch ist die *Traditio* bis zur Vestitur weder ein Veräusserungsvertrag [24]), noch ein bedingter Vertrag [25]). — Dem durch die Tradition begründeten Besitzrecht des Erwerbers entspricht die Pflicht des Veräusserers, den Besitz sich nehmen zu lassen, nicht auch die Pflicht, sich seinerseits um die Besitzübergabe initiativ abzumühen: nur so weit ist der Veräusserer zu positiver Mitwirkung verpflichtet, als ohne diese das tradirte Recht nicht der factischen Herrschaft und Ausübung des Erwerbers unterworfen werden könnte; im übrigen dient die sonst unwesentliche Mitwirkung nur zur Erleichterung der Besitznahme des Erwerbers.

Obwol die An- resp. Vornahme der Vestitur rechtlich im Belieben des Erwerbers stand, so war sie doch meist [26]) ein factisches Bedürfniss, um das Recht ausüben zu können. Daher erfolgte die Vestitur fast allgemein der *Traditio* als deren tatsächliche Consequenz. Ihre unbegründete Unterlassung galt als leichtsinnig und töricht, und es konnte unter Umständen durch die ununterbrochene Fortdauer des bisherigen Besitzstandes Zweifel über das Rechtsgeschäft entstehen und die *Traditio* in Vergessenheit und Anfechtung geraten.

Meichelbeck I. 2. nr. 404 (X. Jahrh.) *Notum est qualiter quidam fratres tradiderunt arvum adjacentem monti Frigisiensium, ipseque arvus jam olim ad antecessorum meorum jam dicte domni temporibus Tassiloni Ducis traditum erat, sed propter aliquam negligentiam*

---

cf. Beseler, Erbv. I. p. 22. 25. 28—30. 33. 261; — Dunker, *domin. direct. et utile,* Z. f. d. R. II. p. 189; — Zöpfl, RG. p. 740. — Dagegen Heusler, Gewere p. 49. 67. 167.

[23]) So Philipps, PR. I. § 15. p. 175; — Eichhorn, St. u. RG. I. § 59. Note a. f. g.; — Heusler, Gewere p. 18.

[24]) So Häberlin und Sandhaas.

[25]) So Albrecht, Gewere p. 77. 78.

[26]) Nicht immer, z. B. blieb der Besitzstand derselbe, wo der Veräusserer nach seiner Tradition zu Eigen das Gut gleich zum Lehen, Zinsgut zurücktradirt erhielt.

vel stultitiam supradictorum fratrum retardatum et elongatum fuerat, quod investitura domui episcopali non venerat, sed et magis propter iracundiam Engilberti centenarii, quam ipse erga hanc domum habuit. Nunc vero filius Engilberti emendare studuit, quod pater illius in hac re deliquerit, vocavit jam dictos fratres, illosque ammonuit, ut restaurarent jam actam traditionem. Ita et fecerunt.

War die Vestitur nicht gleich vollziehbar, so versprach man sie feierlich, und war es zweifelhaft, ob die erteilte Vestitur Bestand haben werde, so bürgten der Erwerber und seine Erben dafür, allein oder mit anderen Personen [27]).

In den meisten Fällen hat der Erwerber den Besitz noch nicht; es findet darum stets ein besonderer Vestituract [28]) statt. Da der bisherige Besitzer den Besitz verlassen musste, so trat nicht erst ein Zwischenzustand der Besitzlosigkeit ein, sondern es schloss sich an dieses Verlassen sofort die Annahme des Besitzes unmittelbar an: auf diese Weise kam die Vestitur in einer zweiseitigen Form zu Stande, rechtlich ihren Anlass vom Erwerber, factisch ihren Ausgang vom Veräusserer nehmend. — Diese Zweiseitigkeit findet aber auch eine historische und juristische Erklärung. Ursprünglich war die reale Vestitur Contractsform; die Begriffe „Besitz" und „Eigentum" ruhen noch ungeschieden in einem Worte [29]): wer Eigentum übertragen

[27]) Seibertz, UB. I. nr. 163 (a. 1221): *Promisimus bona fide quod quanto eius possumus domino nostro archiepiscopo coloniensi decimam resignabimus eandem, ut ipsius auctoritate ac titulo ecclesie sepe dicte decime prefate possessio stabiliatur;* — Möser, Osnabr. Gesch. II. Urk. 21. 22 (a. 1049): *investituram traditionis digito suo promittere;* — Meichelbeck I, 2. nr. 629. — Beseler, Erbv. I. p. 261; — Häberlin, Meichelbeck p. 200; — Walter, RG. 545, Anm. 8, 9 und 10; — Sandhaas, Germ. Abh. p. 61. 67. 37.

[28]) Besass der Erwerber die Sache schon, so war ein Vestituract unmöglich, z. B. wenn jemand ein vorher schon gepachtetes oder gemietetes Haus kaufte, oder wenn jemand sich ein bereits zu Nutz und Gewere erlangtes Pfandobject adjudiciren lässt.

[29]) Die alten Benennungen für Eigentum bezeichnen stets die Sache selbst: eigen, goth. airpa, ahd. erda, land, grundus, ahd. krunt, podum, boden. — Grimm, RA. p. 492; — Zöpfl, RG. p. 733 Anm. 1; — Budde, vindic. rer.

will, überträgt Besitz. Daher war damals die Vestitur notwendig zweiseitig, rechtlich und factisch vom Veräusserer ausgehend. Als man sich des Unterschiedes beider Begriffe bewusster ward, bildeten sie nicht etwa absolute Gegensätze, wie im römischen Rechte, wo der ideale Begriff des Eigentums von der Person des Eigentümers, von dessen factischer Herrschaft und von der Beschaffenheit der Sache abstrahirt, sondern das Eigentum galt als die höchste Stufe des Besitzes, und im Besitze vermutete man eine Erscheinungsform des Eigentums [30]). Eine juristisch formale Grundlage erhielt diese Vermutung, wenn die Besitzergreifung in solenner Form unter Mitwirkung des früheren Eigentümers selbst geschah. Daher diente die historische Form des alten Realcontracts auch später als passende Form für den blossen Wechsel des Besitzes, um dessen Rechtmässigkeit zu symbolisiren [31]) und das Recht an der Sache äusserlich darzustellen.

Weil abgesehen hiervon und an sich die Vestitur kein Rechtsact ist, so sind bei ihr auch keine rechtsvermittelnden Personen denkbar, wie bei der *Traditio* die Salmänner, sondern nur Stellvertreter zu factischen Zwecken (— *nuntii* —), wozu auch ein Knecht [32]) verwendet werden konnte [33]). Aus demselben

---

mob. (1837) p. 3: *Juris specula notionem dominii uno verbo non exprimunt, sed pro dominio rei rem ipsam ponunt.* — Seibertz, UB. I. nr. 312 (a. 1258); II. nr. 631. 590. 619 (a. 1330. 1322. 1326): *jus veri dominii, proprietatis.*

[30]) Zöpfl, RG. p. 706, 732; — Heusler, Gewere p. 51. 57, 60. 130; — Philipps, D. PR. I. p. 520; — Walter, D. Rg. 528; — Behrend, D. PR. p. 38 in Holtzendorff's Encycl. 1870; — Dunker, *dominium direct.* u. *utile,* l. c. p. 187—191; — v. Bethmann-Hollweg, Civilprocess IV. p. 13—14.

[31]) cf. Sohm, R. d. Eheschliessung p. 83.

[32]) Rozière, form. nr. 258; — Häberlin, Meichelbeck p. 26; — Merckel, *firmare* p. 157.

[33]) 1.) Vertretung des Erwerbers: Meichelbeck I. 2 nr. 467 (a. 824): *ipsi firmiter tradiderunt medietatem hereditatis eorum in loco H. . . . Postea vero misit . . . episcopus missos suos, ut vestituram ipsius rei accepissent et vestituram acceperunt seu renovationem traditionis;* Meichelbeck I. 2 nr. 510. 538. — cf. Beseler, Erbv. I. p. 35; — Sandhaas, Germ. Abh. p. 65. 66. — 2.) Vertretung des Veräusserers: Urk. a. 1252 bei Wigand Archiv III. p. 96. *Hermanus Abbas . . . notum esse cupimus . . . quod*

Grunde erklärt es sich, dass trotz gerichtlicher Tradition die Vestitur ohne gerichtliche Mitwirkung stattfinden konnte [34]). Das Gericht hatte seine Aufgabe erfüllt, wenn es durch sein Urteil das Contractsrecht bestätigte und durch die Tradition absolut machte; es durfte sich begnügen, wenn der Veräusserer (— Scheinbeklagte —) die Vestitur feierlich wie im echten Process gelobte [35]). Erst Ende des IX. Jahrhunderts wurde die Vestitur häufiger vom Richter vollzogen, aber lange Zeit war dies nur facultativ [36]), so dass es insbesondere der Gültigkeit der Vestitur nicht schadete, wenn ein unzuständiger Richter dieselbe vornahm. Ebenso wenig brauchte das ganze Gericht bei der Vestitur tätig zu sein, wie es bei der Auflassung erforderlich war; es genügte, dass der Richter ein paar Schöffen oder Boten auf Bitten des Erwerbers, resp. dessen Vorsprechers [37]) dazu entsandte [38]):

Neugart I. nr. 727 (a. 947): *Tunc datis nuntiis a comite — ad ipsum locum venientes vestituram ab illis — acceperunt.*

Neugart I. nr. 421 (a. 864): *Tunc ipse N. deprecatus est clementiam nostram, ut missis nostris praecepissemus, eum revestiri de praedicta proprietate ad Ch.,*

---

nos nomine nostro et ecclesie nostre bonis in K. . . . renunciantes . . . conventui in H. proprietatem eorundem assignamus per Albertum capellanum nostrum illos in possessionem dirigentes.

[34]) Laband, Vermögensr. Klagen p. 239.

[35]) Meichelbeck I. 2. nr. 661: Der Tradent wird zur Vestiturerfüllung verurteilt. *Tunc episcopus quaerebat vestituram ab eo. Ille vero confessus est altera die eum vestire, quod ita et factum est.*

[36]) Meichelbeck II. 2. nr. 374 (cf. nr. 373. 380. 382). — Heusler, Gewere p. 70.

[37]) Lüneburger Niedergerichtsordnung (bei Pufendorff, obs. III. app. p. 364): Hierauff (— sc. nach dem Friedewirken —) soll des Käufers Vorsprache sagen „Ich bitte meinen Principalen die Besitzung dess Erbes . . .“ der eltist Gerichtsherr spricht hierauff „der Besitz soll hiemit würglickh gefolget werdenn“.

[38]) Neugart I. nr. 749. 424 (a. 963. 864); — Kindlinger, Münster. Beitr. III. 22. 38. 57. 58. 76. 100. 114. 132. 152. 182 (zwischen 1170—1390). — Beseler, Erbv. I. p. 43. 44; — Laband, Vermögensr. Klagen p. 240; — Albrecht, Gewere p. 66. 67; — cf. Sandhaas, Germ. Abh. p. 35.

quam in praesentiam nostram ei tradidit. Quod et fecimus, tribuendi inde ei missum nostrum vasallum.

Meichelbeck II. 2. nr. 373: Es soll Inen auch der geschworen Landt-Ambtmann zuegeben werden, Inc solche Stuckh und Gietter, wie im verkauf ermelt mit Grundt und poden einzeantwortten.

Meist nur in besonderen [39]) Fällen vollzog das ganze Gericht die Vestitur, so bei der Satzung und Eignung eines Pfandgutes [40]):

Behrend, Stendaler Urteilsb. II. 8: Swe eyn gut beklaghet also verne dat men en dar in wysen scal, so scolen de scepen in deme hechden dinghe up stan unde ut deme dinghe gan mit deme richtere to deme gude dar it leghet unde dar scal de richtere mit den scepen den klegher in dat gut wysen; unde sven se dat ghedan hebben, so solen se wedder gan in dat ghehechde dink.

ferner nach Processen um streitiges Gut [41]) und bei Verweigerung [42]) derselben nach der *Traditio* [43]). Späterhin wurde die Vestitur auch ohne besonderen Grund gerichtlich administrirt und dies vielfach statutarisch vorgeschrieben [44]). Wie die *Traditio,* bekam auch die gerichtlich-unstreitige Vestitur das Aeussere einer executivischen Zwangseinweisung [45]):

---

[39]) Nach dem singulären Retterather W. bei Grimm RA. p. 559, 8, wenn ein Auswärtiger ein Gut erwirbt: item hette ein usswendig man erfschaft, sol er entphangen vur einem raide und schulthissen, dabei sollent auch sin scheffen. Der schulthis sal eme den halme lievern und geben, der raidt sal eme banne und freden gebeden, die scheffen sollen den man bescheiden, wat er darumb liden solle.

[40]) Freib. Stat. 163. cf. 91. 93 (bei Walch III). — Laband, Vermögensr. Klagen p. 239. — cf. Michelsen, *festuca notata* p. 24. 25.

[41]) Heusler, Gewere p. 187 sqq.

[42]) Goslarer Statut 27, 25—40. — Laband, Vermögensr. Klagen p. 240.

[43]) cf. Brünner Schöffenbuch 324: *In Broda Ungaricali civis quidam ebrius existens in taberna mortis tempore coram duobus juratis bona, quae habebat mobilia et immobilia alteri resignavit. Mane vero facto cum de hoc negaret et jurati, quod in ebrietate usum rationis non habens, hoc fecisset testarentur. Quaesitum est ab adversario, utrum in possessionem bonorum sibi resignatorum non sit per judicem mittendus.*

[44]) cf. Heusler, Gewere p. 163. 188.

[45]) Laband, Vermögensr. Klagen p. 239. 240. Anm. 11; — ders. Krit. Viertelj. XV. p. 386.

Sächs. Weichbildr. art. 20 (Daniels): (nach der Auflassung) bit er (— der Erwerber —) die einweisung von Gerichtshalben, so sol in der schultheiss einweisen oder der vogt, und die schöppen sollen mit ihm gehen. Der Richter sol in das haus gehen, oder auf die hoffstatt, und sol jenen nemen bei der rechten Hand und sol ihn leiten vor den schöppen in das haus, — und sol sprechen diese wort: In die Gabe, die dir gegeben ist vor dem Gericht, weise ich Dich, und setze des die Schöppen zu gezeugen, und die anderen Dingpflichtigen, dass ich Dich hie eingeweist hab, als Recht ist. — So ist er denn vollkommen an seinen Rechten [46]).

Ruft der Erwerber das Gericht wegen Verweigerung der Vestitur an, dass ihm das Gut herausgegeben werde [47]), so hat er seine Klage materiell durch den Beweis des Rechtsgeschäftes [48]) formell durch die Berufung auf das gewonnene Urteil und die Auflassung zu begründen [49]):

Meichelbeck I. 2. nr. 661: E. schenkt dem Stift Freising ein Gut, später leugnet er und sagt: *hanc traditionem se nunquam peregisse. Testibus et scriptis superatus confessus est priorem traditionem. Tunc episcopus quaerebat vestituram ab eo. Ille vero confessus est altera die eum vestire, quod ita et factum est.*

er klagt also aus dem Titel des Rechtsgeschäftes [50]) und *„titulo*

[46]) Landrecht von Burg (Neue Mitteil. a. d. Gebiete hist. ant. Forschung XI. p. 168. 169): Am dritten Gerichtstage schel dy cleger vragen eynen rechten ordels, oft on dy richter unde die schepen des gudes icht weldigen scholen. So scholen sy on tu rechte weldigen des gudes. Dy richter unde dy schepen scholen treden in den hof unde in dat hus unde scholen nemen syne stule und al syn burrat unde dragen dat up dy strate unde scholen gennen in dat hus, unde in den hof weldigen unde synen darin setten.

[47]) Zöpfl, RG. p. 741 und Anm. 15; — Schulte, RG. § 148. III.

[48]) Heusler, Gewere p. 29. 30; — Laband, Krit. Viert. XV. p. 389. 390; — Merckel, *firmare* p. 159. 160. — cf. Sohm, Z. Gesch. d. Auflassung p. 18 und ib. Anm. 27.

[49]) cf. Brünner Schöffenbuch. 324.

[50]) z. B. cf. Seibertz, UB. I. nr. 388 (a. 1280): *femina titulo dotis est investita.*

traditionis auf Adjudicationseffectuirung“ [50]). — Meist geht die Klage gegen den Veräusserer, aber auch gegen Dritte, wenn diese entweder durch Erbgang oder durch einen Vestituract die Gewere erhalten haben.

a.) Die Erben treten im Allgemeinen in die Pflicht des Veräusserers zu investiren ein, vorausgesetzt dass sie „das Grundstück als zum Nachlass gehörig anerkennen“, d. h. dass sie die Gewere an demselben haben [52]). Als Klagegrund dient dem Erwerber ebenfalls die *Sala,* speciell aber auch der Verzicht der Erben, welchen sie bei der *Traditio* auf ihr Wartrecht geleistet haben. Hat ein solcher stattgefunden, so geht auch die volle Haftpflicht auf sie über [53]). Ist aber ihr Einspruchsrecht weder durch Verzicht aufgegeben worden, noch durch Verjährung untergegangen, so hängt es natürlich von ihrem guten Willen ab, ob sie das bis dahin deshalb noch bedingte Veräusserungsgeschäft ihres Vaters erfüllen wollen [51]). Nur für den Fall, dass ihr Einspruchsrecht noch besteht, sind die Erben rechtlich

[51]) Pufendorff, observ. III. p. 215. — Ebenso verteidigt sich der bereits investirte Erwerber gegen den Tradenten, wenn dieser aus irgend einem Grunde die Vestitur zurückfordert. — Heusler, Gewere p. 30.

[52]) Laband, Krit. Viertelj. XV. p. 398. cf. p. 397—403.

[53]) Statt zu deren Erfüllung durch Klage anzuhalten, geschah dies bisweilen durch gütliche Ermahnungen, indem man, — die inzwischen geänderten Verhältnisse berücksichtigend, — eine mildere Praxis übte, so z. B. Meichelbeck I. 2. nr. 345 (a. 816): *C. partem territorii ad ecclesiam tradidit et cum veracis testibus confirmavit. Sed praeoccupato mortis articulo antequam vestituram ad ipsam ecclesiam de hoc territorio tradito perfecisset. Iam enim post obitum eius K. frater ipsius cum aliis rebus — possidebat. — Hoc episcopus sciebat et in silentium — K. fideliter vocavit et ammonuit, ut ipse inde se legitime emendasset, ipseque K. ita fecit . . . et fideliter definitum inter eos.* — Heusler, Gewere p. 41. 42. dagegen.

[54]) Hierher gehören 2 von Heusler, Gewere p. 42 angeführte Traditionen. 1.) *Traditio* aus Oefele, *scriptores rer. Boic. II. cod. trad.* nr. 17: Eberhard schenkt sterbend Güter dem Kloster. Noch lässt er seinen Bruder Adalbero rufen, um ihm seine Vergabung zu empfehlen. Adalbero zögert, bis sein Bruder todt ist, und entgeht dem bindenden *„consensus ad voti expletionem“.* 2.) Notiz in der *Vita* der *S. Salabergae* (Bolland 22. Sept. VI. 529), wo der Bruder noch rechtzeitig an's Krankenlager kommt und Salmannenpflicht übernimmt. — cf. Zimmerle, Stammgutssystem p. 209. 210.

nicht zur Vestitur verbunden [55]) und haften nur beschränkt „für die vom Erblasser eingegangenen, aber unerfüllt gelassenen Verpflichtungen". Nur unter der gleichen Voraussetzung kann man von einer „moralischen Pflicht", von einem auf den Erben ruhenden „moralischen Druck" reden: besonders oft mag dieser bei Vergabungen auf den Todesfall vorgekommen sein; da solche oft während der Unmündigkeit der warteberechtigten Erben und lange vor dem Tode gemacht wurden, konnten die letzteren ihre *revocatoria* nicht verschweigen; bis zu ihrem in der Mündigkeit abgegebenen Verzicht resp. erfolgter Verjährung des Einspruchsrechtes war die Vergabung rechtlich bedingt, und der Rechtsbestand derselben, falls in dieser langen Zeit der Tradent starb, vom Belieben der Erben abhängig gemacht.

b.) Hat ein Dritter durch einen Vestituract die Gewere bekommen, sei es vom gleichen Veräusserer oder von einer anderen Person oder sogar durch Eigenmacht (— Dejection —), so beginnt das Verfahren damit, dass der Kläger dem Dritten die Unrechtmässigkeit des Besitzes vorwirft [56]) und sich auf seine eigene *Traditio* beruft. Behauptet nun der Beklagte kraft eines Titels zu besitzen, so hat er diesen entweder selbst oder durch seinen Auctor zu beweisen. Haben aber beide Parteien denselben Auctor, so ist für die Berechtigung zur Gewere die Priorität des Titels entscheidend [57]); der Unterliegende hat aber gegen seinen Auctor eine Klage auf Schadenersatz [58]).

---

[55]) Merckel, *firmare* p. 159. 160. und Anm. 212; — Heusler, Gewere p. 43. und Laband, Krit. Viertelj. XV. p. 390. stellen allgemein den Satz als gültig hin, „dass Tradition ohne Investitur für den Erben des Tradenten unverbindlich ist", — cf. bei Heusler p. 740 sq. Excurs I.

[56]) Heusler, Gewere p. 30—32.

[57]) Heusler, Gewere p. 33 sq.; — Laband, Krit. Viertelj. XV. p. 389. 390. — dagegen Sohm, Z. Gesch. d. Aufl. p. 18. cf. Anm. 27.

[58]) Meichelbeck I. 2. nr. 533 (a. 818); — l. baj. XVII, 2; — cf. Heusler, Gewere p. 32—41.

IV. Abschnitt.

Gewährschaft und Friedewirken.

§ 17.

I. *Sala* und *Traditio* verpflichten den Veräusserer ohne weiteres zur Garantie dafür, dass das Object fehlerfrei sei und das Rechtsgeschäft Bestand haben werde [1]), andrenfalls, insbesondere also bei Eviction, zur Schadloshaltung und möglicherweise auch zur Zalung einer Conventionalstrafe [2]).

Auch die Verteidigung im Processe muss der Veräusserer übernehmen [3]) und im Fall des Processverlustes Wette und Busse an den Richter und den Beklagten zalen [4]): somit tritt er vollständig an die Stelle des Beklagten [5]).

Diese Pflicht der Gewährschaft (— *Warandia* —) liegt zwar in dem Inhalte der Sale mitbegründet; aber wie diese der

---

[1]) Goslarer Stat. 80, 31; — 81, 5; — 81, 2, 3. — Michelsen, *festuca not.* p. 18.

[2]) Häberlin, Meichelbeck p. 97; — Walter, RG. 588; — Zöpfl, RA. II. p. 292. 293.

[3]) Augsburger Stadtr. a. 1276. 265 (Freiberg): Ist dass ein Mann einem andren ein eigen gibt ze kauffen hie ze der Stat, der soll ihm das steten Jar und Tag aun recht wiedersprache, das ist, ob ieman komt in Vogtsding oder usserhalb Vogtsding und es anspricht vor dem Vogt, so soll ihms der endlössen von dem der es da kauffet. — Brünner Schöffenbuch 594 u. ib. Glossar p. 420.

[4]) Goslarer Stat. 28, 7—10. 18—27.

[5]) l. rip. tit. 59, 6; — form. Andeg. 46. 52. — Goslarer Stat. 28, 18 und 19; — Verm. Ssp. I, 46, 11; — Münchener Stadtr. a. 1347 art. 34: Swer inner jars vrift umb aigen wirt angesprochen, der sol sich an sein gewern haben; — Brünner Schöffenbuch 322; *Tenetur venditor emtori hereditatem resignatam ab omnibus impetitionibus disbrigare* — v. Bethmann-Hollweg, Civilproc. IV. p. 494.

Traditio bedarf, so ist für die *Warandia* ein besonderes Versprechen nötig [6]), das zudem oft noch durch Bürgen [7]) und Immobiliar-Caution [8]) verstärkt wird.

Die Form der Gewährschaftslobung ist von der Form der Tradition und Vestitur wol zu trennen [9]). Die *Warandia* besteht als eine eigene, meist unter symbolischem Gebrauch der Finger, der Hand oder des Handschuhes vollzogene *Firmatio* für sich [10]), und wird gewöhnlich als blosses Versprechen [11]) oder als Eid [12]) auf einen Stab [13]) *(festuca* oder *baculum)* geleistet.

---

[6]) Ausnahme: Kaiser Ludwig's Rechtsbuch a. 1346. tit. 16, 192: Swer dem andern sein guot ze chauffen geit, — der sol dez sein gewer sein, und im ez vertigen und vertreten mit dem rechten, ob ez ansprach wurd, alz dez landes recht ist, und der grafschaft, da ez inne gelegen ist, er hab ims gehaizzen oder nicht. — cf. Merckel, *firmare* p. 160.

[7]) l. Visig. V. cap. 2: *Ut si non fuerit idoneus venditor, fidejussor detur. Si venditor non fuerit idoneus, ingenuum fidejussorem dare debebit emptori et emptio ita habeat firmitatem;* — Brünner Schöffenbuch 323: *Qui hereditatem et praecipue extra muros civitatis sitam alteri coram judicio resignat, debet eum, si petit cautione fidejussoria de hoc securum facere, quod tempore praescriptionis currente ab impetitionibus juris ipsam sibi disbriget;* — Goslarer Stat. 26, 43—27, 5; — Distinct. I, 46. 1; — Lacomblet, UB. II. nr. 222 (a. 1237): *Hec omnia fide tali que vulgo sikirheit dicitur, manuali porrectione firmata, insuper expromissores dedi.* — Michelsen, *festuca not.* p. 18. 19; — Zöpfl, RA. II. p. 368.

[8]) Münchener Stadtr. a. 1347. art. 31: in der stat gericht sol man aigen bestaeten jar und tag mit anderen aigen oder mit porgen; — Wiener Weichbildr. art. 81 (Schuster): Chaufet ein man ein haus oder ein weingarten, . . . er sol im scherm haizzen setzen, ee das er die werung aus der hant geb, und sol derselb scherm innerlandes sein, und lediges guet, das getailt sei, und nicht lechen sei.

[9]) Zöpfl, RA. II. p. 351; — dagegen Albrecht, Gewere p. 188 Note 474.

[10]) Augsburger Stadtr. 97: Bereden mit ain's Hand, mit sinen zwei Fingern; ib. 121. 169. 170. 273 . . . Bürgersprache zu Bielefeld a. 1578 (Walch III, 71); — Goslarer Stat. 14, 4—11 (— cf. Göschen p. 184 —); — Verm. Ssp. IV, 31.

[11]) Merckel, *firmare* p. 139 u. Anm. 105; — cf. Grimm RA. p. 138.

[12]) *Firmare* wird einmal als „suiron", schwören übersetzt. — Der Eid wird sowol als Eineid *(sola manu)* als mit Helfern geschworen. — Seibertz, UB. II. nr. 855 (a. 1380); — Jus sus. art. 34; — Brünner Schöffenbuch 462; — Friesische Rechtsq. (v. Richthofen) R, 121, 15. — Häberlin, Meichelbeck p. 113; — Stobbe, Z. Gesch. d. deutschen Vertragsr. p. 28.

[13]) z. B. Meichelbeck II. 2. nr. 373; — Zöpfl, RA. II. p. 355.

Da sie zum Schutze der Veräusserung abgegeben wird, schliesst sie sich in der Regel an die Tradition [14]) an und kommt nur ausnahmsweise erst hinter die Vestitur [15]) zu stehen; als alleinstehender Act ist die *Warandia* fast stets gerichtlich [16]), derart, dass der Richter wie bei der *Traditio,* auf Grund der scheinprocessualischen Verhandlung den Veräusserer zur Gewährleistung für verpflichtet erklärt [17]).

II. In späterer Zeit kommt — indessen weder allgemein, noch als unumgängliche Bedingung des Eigentumserwerbs — neben der *Warandia* noch ein eigener Gerichtsact vor. Dieser, ebenfalls eine *Firmatio* der Auflassung, geht aber nicht, wie die Gewährleistung vom Veräusserer, sondern vom Gerichte selbst aus [18]). Dasselbe übernimmt gleichsam die Gewähr, contrahirt mit [19]), droht, unter Königsbann waltend [20]), Strafe den Störern des Rechtes und des Besitzes und wirkt den Frieden. Dies geschieht gewöhnlich an rechter Dingstatt, im Gericht [21])

---

[14]) Brünner Schöffenbuch 323. — cf. Wiener Stadtr. art. 81: er sol im scherm setzen, ee das er die werung aus der hant geb.

[15]) Urk. a. 820. Cod. Patav. nr. 40, mon. boic. Bd. XXVIII, II, 27: *Ruodolt . . . reddit et vestivit episcopum Raginhartum . . . omnia, quidquid injuste inde ablatum habuerit, et ita dedit vadium suum, quod nunquam postea hoc placitum* (— Vertrag —) *non moverit.*

[16]) Münchener Stadtr. a. 1347. art. 31; — Lübisch. R. cod. II. 228; — Brünner Schöffenbuch 323; — Frankfurter Stadtr. a. 1297. § 11 (Gengler p. 116). — Grimm, RA. p. 557; — Michelsen, *festuca not.* p. 18; — Zöpfl, RG. p. 715.

[17]) Meichelbeck II. 2. nr. 373: (es) ward mit recht erkhant der verkäuffer Anwalt soll herein in die schrannen gehen, und mir als Richter an dem Stab geloben, meins Gnedigen Herrn von Freising (— Käufer —) umb vermelten verkauf getreuer gewehr und fürstandt zu sein, und solchen verkauf am stab ybergeben und meines Gnedigen Herrn von Freising anwaldt denselben verkauf von mir als Richter am Stab ybernemmen. — cf. Herforder Stadtr. a. d. XIV. Jahrh. § 10 (Gengler p. 196).

[18]) Zöpfl, RG. p. 715 Anm. 11; — Zöpfl, RA. II. p. 40; — Albrecht, Gewere p. 67; — Laband, Vermögensr. Klagen p. 239.

[19]) Löning, Vertragsbruch p. 526.

[20]) Kindlinger, Münster. Beitr. III. nr. 15. 22. 27 (a. 1315. 1170). — Das Friedewirken ist wesentlich Gerichtsact, daher steht es dem Rate nicht zu, ausser wenn er Gerichtsbarkeit hat. — cf. Goslarer Stat. 26, 33.

[21]) Ssp. III, 20. § 3; — III, 56. § 3; — Verm. Ssp. I, 44, 1.

und vor der Vestitur [22]), seltener auf dem erworbenen Grundstücke und nach der Vestitur [23]).

Das Friedewirken ist eigentlich Schluss des echten Processes [24]), von dort aber auf den Scheinprocess der Auflassung übertragen [25]). Es wird von dem Richter, oder, wo dies erlaubt ist, vom Frohnboten in dessem Auftrage vollzogen [26]).

---

[22]) Goslarer Stat. 27, 25. 40; — Lüneburger Gerichtsord. bei Pufendorff, obs. III. p. 369. — Zöpfl, RG. p. 714.

[23]) Goslarer Stat. 14, 4—11; 26, 17—19: Weme men eghenen vrede warcht, dat scal men don uppe der were vor gherichte.

[24]) z. B. Alt. Culm. R. II. 50 (Leman): Wenne eyn man syne sache volvuret hat, bytet her denne vrede dorobir, den sal ym der richter wyrken, und also sal her sprechen: Ich wyrke adir gebyte uch vrede umme dyse sache tzu habene von gerichts halben, das yr tut vredes recht. — cf. ib. III, 110 und Wörterbuch p. 355.

[25]) Lüneburger Niedergerichtsordnung l. c.: (— nach der Auflassung —) soll des Käufers Vorsprak dass gericht bitten, ihme frieden über solches Erbe umb die gebühr zu wirken. So soll der eltiste Gerichtsherr also spreche: Weil der Verkäufer sein Hauss dem Käufer so bescheidentlich aufgelassen hatt, so wirke ich demselben Hausse einen Frieden zum Ersten; zum andern und zum drittenmale; hat jemand etwas darinne zu sagén, der thue es im Jahr und tag mit Urtaill und Recht; — Goslarer Stat. 26, 18; — Distinct. I, 31, 1.

[26]) Distinct. I, 44, 1; — Stendaler Urteilsb. II, 8 (Behrend); — verboten in den Goslar. Stat. 110, 40.

V. Abschnitt.

Der Besitz.

I. Die Sessio triduana.

§ 18.

Auf die Besitzübertragung folgte nach einigen Rechten der ostentiöse Besitz durch drei Tage und Nächte [1]). Dieser deutsche Brauch [2]) konnte sowol von dem Erwerber selbst [3]), als von anderen Personen in dessen Stellvertretung ausgeführt werden, z. B. durch einen Knecht [4]) oder falls die Erwerbungen von einer Kirche oder einem Kloster gemacht worden waren, durch einen niederen Geistlichen [5]). Dass es gerade drei Tage waren, hängt zusammen mit der Beliebtheit der Dreizal, aber kaum mit der Dauer des echten Dinges, da in diesem Falle die Traditionen stets am ersten Tage desselben hätten stattfinden müssen [6]).

Diese als gesetzmässig [7]) bezeichnete *Sessio triduana* ist

[1]) Kindlinger, Münster. Beiträge III. nr. 22. 27; — Meichelbeck I, 2. nr. 523. 636; — Kraut, Grundriss § 71; — Grimm, RA. p. 190. 210. 557.

[2]) Merckel, *firmare* p. 159.

[3]) Meichelbeck I, 1, 284: *illum supradictus A. legaliter per postem et superliminarem domus vestivit, exeunte A. introduxit C. et ipse C. ibidem in domo legaliter sedebat tribus diebus et tribus noctibus.*

[4]) Meichelbeck I, 2. nr. 633 (a. 845): *episcopus et advocatus illius acceperunt ipsam traditionem et postea sessionem juxta morem Bajuvariorum adfieri decreverunt; hoc egit Erinus servus noctibus tribus;* — ib. I, 2. nr. 512.

[5]) Neugart I. nr. 45 (a. 766): *posthac nos exuti de omni re paterna nostra revestivimus Wolframum monachum et missum ipsorum monachum per tribus diebus et per tribus noctes;* — Meichelbeck I. 2. nr. 538.

[6]) cf. Grimm, RA. p. 190. 557. und Heusler, Gewere p. 169.

[7]) Meichelbeck I. 2. nr. 324: *legitime tres noctes possidebat locum.*

kein „wesentlicher Bestandteil des Erwerbungsactes“ [8]), und ist die *Traditio* bis dahin auch kein „bedingter Vertrag“, weder schlechthin [9]), noch „unter der Bedingung der Nichteinsprache dritter Personen während der *Sessio*“ [10]). Ohne Anhalt in den Quellen ist die Ansicht, dass sie geschehe der grösseren Oeffentlichkeit wegen [11]), oder dass sich der Erwerber nur als Herr documentiren solle [12]). Durch die Verhältnisse nicht motivirt ist die Auffassung, dass der Erwerber sich gegen den Vorwurf der gewalttätigen Ergreifung schütze durch „diese Verstärkung der beschafften Vestitur“, eventuell „durch diese besondere Form derselben“ [13]).

Vielmehr bezweckt dieser dreitägige Besitz [14]), alle bei der Auflassung gegenwärtig gewesenen Personen mit ihren Einsprüchen zu präcludiren [15]). Als erster und schwerster Besitz ist er besonders durch das Gesetz geschützt, in gleicher Weise wie gerichtlich gegebenes Gut [16]). — Im XIII. Jahrh. veraltete mit der Vestitur auch die *Sessio triduana* und lebte schnell bis zum gänzlichen Verschwinden ab [17]).

II. Die Gewere von Jahr und Tag.

§ 19.

Dem älteren deutschen Rechte ist die Ersitzung unbekannt. Gegen Ansprüche um Immobilien vermochte daher die Länge des Besitzes einen Schutz nicht zu gewähren. Nur musste ein

---

[8]) Albrecht, Gewere p. 75.

[9]) ib. p. 77. 78.

[10]) Sandhaas, German. Abhandl. p. 75.

[11]) Walter, RG. 545.

[12]) Stobbe, Gewere p. 457.

[13]) Beseler, Erbv. I. p. 32.

[14]) Bei der Pfändung dient er als Galgenfrist, innerhalb welcher der Schuldner auslösen kann, ehe es zu den drei Aufgeboten kommt. — Glogauer Rechtsbuch 136 (Wasserschleben, Rechtsquellen I.). — Heusler, Gewere p. 169.

[15]) Sohm, Gerichtsverf. p. 365; — Laband, Vermögensr. Klagen p. 243. — cf. Goslarer Stat. 27, 23.

[16]) Dist. I, 46, 1; — Goslarer Stat. 27, 35.

[17]) Häberlin, Meichelbeck p. 40; — Heusler, Gewere p. 169.

solcher Anspruch gerichtlich (— *reclamando secundum juris formam* —) erhoben werden [1]); aussergerichtliche Einsprache war wirkungslos, gewaltsame Störung des Besitzes verboten [2]) und eigenmächtige Unterwindung als Friedensbruch und Raub mit Strafe bedroht [3]).

Der späteren Zeit bleibt zwar das Institut der Ersitzung ebenfalls fremd, aber die zeitliche Unbeschränktheit der Einsprache wird zu Gunsten des Besitzers modificirt und gemildert. Mit dieser Veränderung steht die, wahrscheinlich aus Franken stammende [4]) Gewere von Jahr und Tag [5]) in genauem Zusammenhang, welche im

---

[1]) Ruprecht v. Freising cap. 272 (v. Maurer): Man sol nyemand von seiner gwër treibenn oder weisenn wann gerichts halbenn; und ist er zu unrecht in der gwër, man sol in mit klag ansprechen, so er entgegenn ist; — Lübisch. R. cod. II. 28: Erve ghut mot men wol bispraklich maken drie binnen deme iare in echteme dinge; — Stadtr. v. Friedrichshafen a. 1299. cap. 5 (Gengler p. 175); — Stadtr. v. Dudenhofen XIV. u. XV. Jahrh. § 9 (Gengler p. 72).

[2]) Meichelbeck II. 1, 33.

[3]) Landrecht v. Burg (Neue Mitteilungen a. d. Gebiete histor. antiq. Forschung. XI. p. 168. 169): Di richter schal om werken der herren frede unde des landes, dat den nymant enbreke, hy duet mit rechte. were dat gud angrepe, men scholden upholden vor eynen rover unde scholde sin recht dun; — Ruprecht v. Freising cap. 173: Und hat ein man in seiner gewer das nicht vor gericht bechlagtt ist unnd spricht es ainer an unnd unnderwinntt sich das an gericht, das haisnn wir raub. — Ausnahme: Friesische Rechtsq., Huns. I. 27 und Ems. II. 45, 5 (v. Richthofen p. 42).

[4]) Den Volksrechten ist die Gewere von Jahr und Tag unbekannt. — Merckel, firmare p. 162; — Heusler, Gewere p. 238; — Zöpfl, RG. p. 749.

[5]) Diese Frist ist gleich einem Jahre mit Hinzufügung eines kleinen Zeitraumes, — als *tempus utile* für den Verfolger der Sache, — welcher nach dem deutschen Principe eher auszudehnen, als zu verkürzen ist (cf. Brünner Schöffenbuch, 327.). Bei der Gewere von Immobilien speciell kommen folgende verschiedene Fristen vor: ein Jahr und ein Tag *(dies naturalis)* z. B. Friedrichshafener Stadtr. a. 1299. § 5. (Gengler p. 142) — *per annum et tempus et diem* (Medebacher Stadtr. c. 1350. § 32 bei Seibertz, UB. II. nr. 78) — ein Jahr und sechs Wochen (Münster Stadtr. § 7 (Gengler); Rüdener Stadtr. a. 1310. § 39 (Seibertz, UB. II. nr. 540); Nordhausen. Stadtr. a. 1290. § 8 (Gengler p. 305); Briloner Statut. a. 1290. §§ 2, 7 (Seibertz, UB. I. nr. 434). — ein Jahr, sechs Wochen und ein Tag (Culmer R. v. Leman. V. 42. 65) — ein Jahr, sechs Wochen und drei Tage (Verdener Stadtr. a. 1330. § 9 (Gengler § 509): letztere Frist ist namentlich sächsisch, wo die dreifache Gerichtsfrist von 14 Nächten —

XII. Jahrhundert fast in ganz Deutschland allgemein Aufnahme fand[6]). Dieselbe besteht darin, dass das Gut Jahr und Tag, — ohne dass es ununterbrochen der unmittelbaren körperlichen Innehabung des Erwerbers unterworfen zu sein braucht, — direct oder indirect (— Zinsbezug etc. —)[7]) genutzt wird von einem, der das Gut in seiner Gewalt hat[8]), also auch vom Precaristen[9]) d. h. Precarei-Empfänger, seitdem derselbe nicht mehr als Stellvertreter des Eigentümers angesehen wird, vom Eigentümer des zum Rechte der *precaria* ausgetanen Grundstücks und von demjenigen, welchem man von Todeswegen etwas zuwendet, wenn man diesem, um seinen Erwerb erkennbar zu machen und ihn zur Gewere zu legitimiren, etwa auch nur eine Urkunde über die Zuwendung ausfertigt[10]). Nötig ist also nur, dass

quinze jours — beigefügt wird. Zöpfl, RG. p. 719. Anm. 5; — Heusler, Gewere p. 239. — cf. Brünner Schöffenbuch 327 über die ungleiche Länge dieser Fristen.

[6]) Jus sus. art. 34. 52. — Lübisch. u. Hamburg. R. (Hach) cod. II, 34. III, 248; — Speier. Stadtr. a. 1182. § 11 (Gengler p. 452); — Goslarer Stat. 14, 1—3; 26, 1—4; — Salfelder Stat. 39 (Walch I, p. 24); — Brief für Driburg a. 1345 (Gengler p. 89); — Passauer Statut a. 1225 § 3 (Mon. Boic. VIII, 347); — Privileg für Braunschweig a. 1314 §§ 43. 44 (Gengler p. 39) — Brief für Bruck a. 1396 § 2 (Gengler p. 58) — Schöffenrecht d. Dresdener Handschrift cap. 224 (Wasserschleben I.); — Brünner Schöffenbuch 322.

[7]) Ruprecht von Freising. cap. 19 (cf. Schwsp. art. 311): Ist das ein man seinem fründt guet schaffenn wil nach seinem tod und wil er im das sichermachnn, er sol im geschrifft darüber gebnn oder er sol für seinen richter farnn oder für seinen herrnn unnd sol di zeugen fürher ziehenn. Wil er es aber gar stät machnn, so setz im ainen zyns darumb hat er damit dy gewer. — cf. Heusler, Gewere p. 241, 242.

[8]) Statut für Brilon. a. 1290. § 2 (Seibertz, UB. I. nr. 343): *Statuimus, quod quicunque . . . domum per annum et sex hebdomadarum spacium possederit vel in sua potestate tenuerit . . . sine . . . impetitione, nemo amplius post predictum tempus in illa domo . . . juris aliquid obtinere;* — Colmarer Stadtr. a. 1293. § 15 (Gaupp. I, 117).

[9]) Heusler, Gewere p. 51. 53 sqq.; — Möser, Osnabrück. Gesch. II. Absch. 2. § 22. 23; — cf. Zöpfl, RA. II. p. 359. — cf. Beseler, Erbv. I. p. 156.

[10]) Münchener Stadtr. art. 189: (um bei der Vergabung auf den Todesfall das erworbene Recht erkennbar zu machen) sol er etleich gelt ob dem guot jaerlichen einnemen die weil der lebt der enem daz guot gemacht hat oder er sol im brief darumb geben. — cf. Albrecht, Gewere p. 24.

innerhalb Jahr und Tag das Recht an der Sache äusserlich in die Erscheinung tritt und der aus demselben fliessende Anspruch gegen andere das Recht Ausübende gerichtet werden kann [11]). Es braucht das Gut auch nicht einmal in der Gewere blos einer Person gewesen zu sein, sondern die Frist von Jahr und Tag läuft auch ab, wenn das Gut während derselben in der Gewere mehrerer Personen war [12]). Hat darunter aber derjenige, welcher aufgelassen hat, selbst eine Zeitlang nach der *Traditio* noch die Gewere gehabt, so wird diese Zeit nur dann eingerechnet, wenn derjenige, welcher den Anspruch erhebt, von der Auflassung und ihrer auf sofortige Rechts- und Gutsübertragung gerichteten Wirkung gewusst hat. Ist die Gewere von Jahr und Tag vollendet, so sind die gegen die Veräusserung und die *Traditio* etwa an sich begründeten Einwände präcludirt, und ist zugleich der Erwerber in die Lage versetzt, einen erleichterten Beweis seines Rechtes zu führen.

Die Gewere von Jahr und Tag setzt voraus, dass durch *Sala* und *Traditio* materiell und formell der Titel erworben worden ist. Ein titelloser Erwerb ohne Auflassung führt nie zum Eigentum [13]); ist gar nicht aufgelassen, so können die Ansprüche ohne Zeitbeschränkung wirksam vorgebracht werden [14]);

[11]) cf. Bamberger Stadtr. § 359 (Zöpfl). — Zöpfl, ib. p. 209.

[12]) cf. Goslarer Stat. 25, 28—26, 4.

[13]) Brünner Schöffenbuch 329: *Violentus etiam occupator licet multis annis bona teneat hereditaria, tamen, quia violentia legibus est contraria, cessante violentia per verum heredem a bonis huiusmodi repellitur, nec per praescriptionem, si eam allegaverit, poterit se tueri. Possessor enim malae fidei nullo tempore praescribit; debet enim ipse heres violentam possessionem occupantis, quam dies duraverit, annis singulis sub protestatione solemni coram judicio publicare.*

[14]) Goslarer Stat. 26, 25—28: Of en en erve vorkoft dar he nicht an ne hedde, noch nen vormund an ne were, of he de dat koft wol jar und dach beholden hedde in sinen weren ane ansprake, dat ne hilpt ime nicht, he ne mochte des vulkomen alse recht is, dat it mit sinem willen were, de sik dat eghen mit rechte to ten mochte. — z. B. werden die Ansprüche noch nach XV Jahren erfolgreich angebracht. Schöffenurteil a. d. Dresd. Handschr. cap. 73 (Wasserschleben I. p. 227): Eyn man zcu dresden yn wigbilde hat eyn weip zcu der ee genomen, die zcu ym bracht hat weyngarten, die erbczinsguter seyn, die ym dach seyn weip nicht

wesentlich materielle Mängel im Erwerbungsacte und wesentliche Vorschriftswidrigkeiten [15]) bei der *Traditio* sind unverjährbar und stets anfechtbar [16]). Vielmehr bildet eine fehlerfreie *Resignatio* den juristischen Beginn dieser Frist von Jahr und Tag [17]). Als solcher Beginn wird häufig allerdings das Friedewirken bezeichnet, aber doch nur da, wo es gleich auf die Auflassung folgt [18]).

Was die Präclusion von Einwänden gegen die Veräusserung und die Auflassung betrifft, so sind derselben nur solche Einwände unterworfen, welche gegen unwesentliche Mängel und gegen Verstösse in geringen Formalitäten gerichtet sind. Die durch dieselben verletzten Personen haben alsdann ein blos

uffgelassen noch vorreicht hat an keyner statt, do is gehabin machte crafft adir macht. (Nach dem Tode der Frau hat der Mann die Güter „bis yn das funfczende jar.“) Dennoch urteilen die Schöffen (ib. p. 228): Der man hat doran keyn recht gehabt und seyne erben mogen sich domete dorczu nicht halden das hers yn das fumffczende jar noch seynes weybes tode gebrucht hat, sundir des weybes erbin mogen sich des mit bessern rechte undirwinden und mit rechte dorczu halden wenne sie des mannes erbin davor gedringen mogen von rechtis wegen vorsegilt mit unserm ingesigel. — ib. cap. 75 (p. 230): Das eyn man erbe und gut yn gewern jar und tag une uflassunge und vorreichunge had keyne rechte Gewere gesyn mag.

[15]) z. B. wenn eine unbefugte Person ohne Wissen des Eigentümers verkauft: Distinct. I, 37, 2: Vorkauf einer ein Erbe, do her nicht recht zu hot und des auch kein vormunde en is, wirt das yeme angesprochin, der is ym abet hot gekawft und is wol jar und tag in siner gewere gehabit hot ane ansprache, des en hilft im nicht, her mochte denne vorkomen mit rechte, das is mit simme willin is geschehen, der is im anspricht, das mus her im bewisen mit gerichte. — ebenso, wenn trotz der Vorschrift nicht gerichtlich tradirt worden ist: Brünner Schöffenbuch 325: *Resignatio quam praescriptio sequitur, est tantum coram actuato judicis facienda;* — Alt. Culm. III, 45. — Göschen, Goslar. Stat. p. 191.

[16]) Nur ausnahmsweise und beeinflusst vom römischen Rechte kommen Verjährungsfristen von 10, 30, 40 und 60 Jahren vor: Liutpr. 6, 1; 6, 16; 6, 24; 78, 139. — l. burg. tit. 79; — l. Visig. X. tit. 2; — Ssp. I, 29 (wahrscheinlich blos für erbloses Gut); — Wiener Stadtr. art. 89; — Meichelbeck II, 2. nr. 236; — ib. I. nr. 702. 703. — cf. Merckel, *firmare* p. 173. 174; — Heusler, Gewere p. 273.

[17]) Dist. I. 20, 16.

[18]) Privileg für Braunschweig a. 1314. § 42 (Gengler p. 39): Swas eneme vrede wert gewarcht, um he dermete beseth jar um dach dat ne mach neman gebreken.

auf Jahr und Tag beschränktes Einspruchsrecht. So verliert der Eigentümer, der blos dem Friedewirken nicht zugestimmt hat, sein Einspruchsrecht in Jahr und Tag [19]).

Was die Erleichterung des Beweises betrifft, den der Erwerber gegen die Ansprache um seinen Besitz und Erwerb führt, so besteht diese vorzüglich darin, dass er nicht mehr der Hülfe seines Gewährsmannes bedarf [20]). — Der Beweis selbst hat folgende zwei Punkte zu berücksichtigen:

1) Die Besitzdauer. In allen Fällen hat der Erwerber seine ruhige Gewere [21]) von Jahr und Tag zu beweisen, meist mit 6 Zeugen [22]). War das Gut aber innerhalb Jahr und Tag in der Gewere mehrerer Personen, so beweist der Angesprochene die Dauer seines Besitzes und verweist dann den Kläger an seinen Vormann [23]). Fehlt dieser aber, z. B. wenn er abwesend ist, so darf der Beklagte auch für diesen den Beweis des ungestörten Besitzes führen; vermag er dieses nicht, so muss der Kläger seine Ansprache mit Hülfe seines Gewähren rechtlich begründen [24]).

---

[19]) Goslarer Stat. 14, 12—18.

[20]) Wo die Gewere von Jahr und Tag Eingang gefunden, wird die Warandia ebenfalls nur für diesen Zeitraum geleistet: z. B. Ssp. III. 83, 2; — ib. I. 9, 5; — Kaiser Ludwig's Rechtsbuch tit. 16, 193; — Lübisch. R. cod. II. 23, 24; — Freiberger Stadtr. art. 101 (Walch III, p. 150); — Bamberger Stadtr. § 239a (Zöpfl); — cf. Lörsch und Schröder, urk. nr. 157 (p. 117). — Walter RG. 538 und ib. Anm. 1, 2, 3. — Wo diese Gewere in folge des Einflusses von fremdem Rechte nicht zur Geltung gekommen ist, bemisst sich die Dauer der Gewähre nach den dort geltenden Fristen: z. B. im Schwsp. cap. 49 und Regensburger Stadtr. a. 1230 § 6 (7) (Gengler p. 347 u. Gaupp I, 169) 10 Jahre; — cf. Meichelbeck II, 2. nr. 236. — Heusler, Gewere p. 249.

[21]) Singulär ist es, dass im Brünner Schöffenbuch 327 eine innerhalb Jahr und Tag erfolgte Ansprache die Wirkung der Gewere nicht stört.

[22]) Wasserschleben I, 258 cap. 120: Das her die (gewere) besessin hat czu seynen rechten genuge, kan her das dirweyszin selbsebinde unvorsprochener leute an eren rechten, do volvert her mete; — cf. Regensburger Stadtr. a. 1230 § 6 (Gengler p. 347): *Si quietam possessionem septima manu probabit, in pace res ipsas postea possidebit.* — cf. Dithmarsches Landr. a. 1447. § 147 (Michelsen p. 51). — Heusler, Gewere p. 243. 244.

[23]) cf. Goslarer Stat. 25, 28—26, 4.

[24]) cf. Goslarer Stat. 28, 6—10; — ib. 26, 11—12. — Verm. Ssp. I, 46, 8.

2) Das Besitzrecht. Das Erwerbsgeschäft und die Auflassung braucht der Erwerber nach einigen Rechten nicht einmal durch Eid zu beweisen, sondern mag dieselben nur als Tatsachen, die den Beginn der einjährigen Gewere bilden, anführen. In einigen Rechten [25]) ist die *Traditio* stets gerichtlich; wenn hier nach Jahr und Tag die Ansprache abgewiesen und weitere Antwort seitens des Beklagten für unnötig gehalten wird [26]), so erklärt sich das unschwer daraus, dass das Auflassungsurteil nun unerschütterliche Rechtskraft erlangt hat und deshalb einerseits der Kläger zur Busse zu verurteilen [27]), andrerseits der Beklagte von Richter und Schöffen in seinem Rechte zu schützen ist [28]). Eine Acquisitivverjährung liegt gewiss nicht vor, wenn der Rechtstitel durch ein gerichtliches Urteil ausgesprochen und das Gut adjudicirt und gerichtlich aufgelassen

---

[25]) Statut für Brilon a. 1290. § 2 (Seibertz, UB. I. nr. 434): *Statuimus quod quicunque . . . burgensis emendo sibi comparaverit domum vel aream . . . et idem . . . per annum et sex hebdomadarum spacium possederit . . . sine alicuius impetitione pacifice ac quiete, nemo amplius post predictum tempus elapsum poterit in illa domo sive area juris aliquid obtineri.* — Salfelder Statut 39 (Walch I, 24): Machet ein man siner huz frawen lipgedinge und vorkauft daz wider, swiget si jar und tag, si muss immer swige. — Augsburger Stadtr. a. 1276. 271: Wer Jahr und Tag in Nuz und Gewehr ohne Ansprach eigen besessen hat, und es bringt, so ist es des Vogtes Recht, dass er ihm geruhiglich sizen lassen soll hinfür bei seinem eigen; — Brünner Schöffenbuch 322; — Goslarer Statut. 25, 33—40; 26, 5—9; 26, 25—28; 27, 11—14; — Speiersches Stadtr. a. 1182. § 11 (Gengler p. 452); — Münchener Stadtr. art. 33.

[26]) Freiberger Statut 101: Hat ein Mann eigenes Erbe in Gewalt und in Gewehre Jahre und Tag gehabt, ohne Ansprach, und ist gewährt von ihm, der es ihm aufgegeben habe, als recht is, und ein anderer komme und setze ihn zur Rede, und spreche, es soy seines Vaters Guth gewest, es sei ihm angestorben, das wolle er bezeugen . . . darf er ihm keine Antwort darum geben.

[27]) Statut v. Medebach c. 1350. § 30 (Seibertz, UB. II. nr. 718): — Friesische Rechtsquellen R. p. 95 (v. Richthofen).

[28]) Alt. Culm. IV, 1 (Leman): Was so eyner gebit in gehegetem dynge und besitzet her domite jar und tag ane ymandis rechte wedir sproche, des ist her nehir tzu behalden myt deme richter und mit den scheppen denne is yn ymant entvremenden moge. — Freiberg. Stat. 100; — Augsburger Stadtr. a. 1276 (Freiberg IV. p. 85, 91). — cf. Klagenfurter Stadtr. a 1338. § 16 (Gengler p. 222).

worden ist. — Noch weniger ist eine Acquisitivverjährung in denjenigen Rechten enthalten, nach welchen der Erwerber die rechtmässige Erwerbung des Besitzes, — statt durch Tatsachen und mit Hülfe seines Autors, — durch Eid (und zwar *sola manu*) beweisen kann [29]): hier genügt nicht der Nachweis, dass man Jahr und Tag ungestört besessen, sondern dass man vor Jahr und Tag rechtmässig erworben habe.

Die Frist von Jahr und Tag bezweckt überhaupt, dass der Einspruch möglichst bald erhoben werde; wenn nach Ablauf der Frist ein solcher noch nicht stattgefunden hat, so wird angenommen, dass auf das Einspruchsrecht verzichtet worden sei. Ein Verzicht setzt aber voraus, dass man an seiner Ableistung weder rechtlich noch factisch verhindert war. Die verschiedenen Rechte führen als Hinderungsgründe an, dass der Einspruchsberechtigte noch unmündig war [30]), sich ausser Landes aufhielt, von der Veräusserung nichts wusste und durch ehafte Not [31]) abgehalten war. Alsdann läuft, wenn von ihm das

---

[29]) Ius. susat. art. 53: *Quicunque de manu schultheti vel ab eo qui auctoritatem habet, domum vel aream vel agros vel mansum vel mansi partem receperit et per annum et diem legitimum quiete possederit: si quis in eum agere voluerit, possessor tactis reliquiis sola manu obtinebit, et sic de cetero sui warandus erit, nec amplius supra predictis gravari poterit;* — Lübisch. R. cod. I, 78: *Finito anno et die emptor sola manu si necesse habuerit, obtinebit;* — ib. cod. II. 23. 28. 34—36; — Hamburg. R. III, 248 (Hach): So wanne de man waret is jar unde dach, so is he syn erue mit synes sulues hand up den hilgen nager to beholdene, den id em ienich man af to winnende sey . . . — Rüdener Stadtr. a. 1310 art. 39 (Seibertz, UB. II. nr. 540): de der na (— sc. eyn jar und ses weken —) queme und spreke en an myt rechthe, de ghene de dat ghecoft heuet und beseten heuet dem ys dat nar tho behaldene myt syner eynen hant ouer den hylghen dan et eme gen man afghedeghedyngen moghe myt rechthe. — cf. Heusler, Gewere p. 237. 248; — Walter, RG. 534.

[30]) Unmündige verschweigen sich nicht, auch wenn der Vormund eingewilligt hat, so dass sie das Geschäft widerrufen können, wenn sie zu ihren Jahren gelangt sind: Moringer Stadtr. § 13 (Z. f. RG. VII. p. 294); — Verm. Ssp. I, 50, 8; I, 45, 4; II, 1, 1; — Goslarer Stat. 19, 30—37; — Friesische Rechtsquellen, Hnns. I, 27 (v. Richthofen p. 42); — Schöffenurteil a. d. Leipz. Handschr. cap. III. (Wasserschleben I, p. 358); — Lörsch u. Schröder urk. nr. 283; — Kraut, Vormundschaft I, 119, Note 11 u. 12; — Heusler, Gewere p. 241. Anm. 1.

[31]) Als ehafte Not wird meist Herrendienst, Siechtum, Gefängniss und

Dasein dieses Hinderungsgrundes bewiesen wird [32]), die Frist von Jahr und Tag nicht vom Momente der *Resignatio*, sondern vom Augenblicke des Wegfalles des Hindernisses ab [33]); eine bereits laufende Frist wird durch den Eintritt eines der angeführten Hindernisse unterbrochen [34]). — Nach anderen Rechten besteht für die Verhinderten eine zwar über Jahr und Tag hinausdauernde, aber dann unbedingt von der Auflassung an datirende Frist: hier ist keine Rücksicht darauf genommen, ob sie nach deren Ablauf bereits den Einspruch zu erheben im Stande sind oder nicht. Einfluss mag hier das römische Recht gewonnen haben, wo diese absolute Präclusivfrist die — allerdings nicht ausnahmslose — Regel ist; besonders fand die römische Lehre von den An- und Abwesenden eine ziemlich verbreitete Aufnahme [35]).

Wassersnot bezeichnet: Kaiser Ludwig's Rechtsbuch tit. 1, 7; — Alt. Culm. III, 87. 88. 89. — Schöffensatzung im Brünner Schöffenbuch 191 (p. 392).

[32]) Goslarer Stat. 27, 11—15: wert en eghen utghesat, de dat binnen jare unde daghe nicht weder ne sprikt, de ne mach dat seder nicht wederspreken, it ne were of he buten landes hedde ghewesen oder of it ime echt not beneme, de he bewis de alse recht is; — ib. 25, 18—23; 26, 5—9; — Hamburger Stadtr. I, 6 (Lappenberg): It ne were also, dat de man buten landes were, de wedder dat gud to rechte wedder spreken mochte. Unde mochte he dat bewisen, so ne hadde he sine clage nicht verloren; — cf. Dist. I, 34, 2. — Ausnahme: Freiberger Stadtr. 113. — Heusler, Gewere p. 241.

[33]) Wo der Betreffende also ins Land zurückkehrt, (— Stadtr. v. Dudenstadt XIV. und XV. Jahrh. § 9 Gengler p. 92 —) oder Kenntniss von der Veräusserung erhält (— Goslarer Statut. 11, 32; Verm. Ssp. I, 20, 16 —) oder von der Not befreit wird (— Goslarer Statut. 27, 14 u. 15 —).

[34]) Ssp. II, 6, 4; — Verm. Ssp. u. Goslarer Statut. 11, 30; 26, 8; 27, 13; — Brünner Schöffenbuch 328.

[35]) In den verschiedenen Rechten kommen für den Einspruch die Fristen vor von 2, 4, 8, 10, 14 und 30 Jahren: Kaiser Ludwig's Rechtsbuch a. 1346. tit. 16, 200; — Münchener Stadtr. a. 1347. art. 202. 269. cf. art. 31. 33. 167; — Wiener Stadtr. art. 89; — cf. Passauer Stadtr. a. 1300. § 49. (Gengler p. 352) — cf. Colmarer Stadtr. a. 1293. § 15. (Gaupp. I, 117); — Dithmarsches Landr. a. 1447 (Michelsen p. 51); — Meichelbeck II. 2. nr. 381. — cf. Schulte, RG. p. 460. 461 (II. Aufl.).

VI. Abschnitt.

Die Beurkundung.

I. Die Privatbeurkundung.

§ 20.

I. Als schriftliche Instrumente noch nicht üblich waren, bewahrte man die Traditions-Symbole als Beweismittel auf [1]). Rasen und Zweig pflanzte man wieder in das Gut des Erwerbers [2]) oder hob sie in der Kirche und im Rathause neben den Schlüsseln auf [3]). Den Handschuh legte man zu den Reliquien der Heiligen auf den Altar [4]). Das Messer zerbrach man und gab jeder Partei *„pro testimonio“* die Hälfte [5]). — Nötigenfalls wurde dann das Symbol vorgezeigt; namentlich geschah die Klage auf Erfüllung eines gestabten Versprechens unter Vor-

---

[1]) cf. Grimm RA. Einleitung zu cap. IV. und pg. 904.

[2]) Meichelbeck I, 2 nr. 421 (a. 828): *adsumpsit (— Heriolt —) parentes et proquinquos, tulit cespites de his duobus locis virides, similiter et fructeta virida ad plantanda in claustro virginis Mariae et veniens ad domnum Hittonem episcopum ibique coram cuncto clero atque populo ad hanc solemnitatem congregato accessit ad altare S. Mariae et desuper posuit cespites et fructeta ad memoriam sempiternam, quas tulerunt O. presbyter et O. monachus et plantaverunt eas in claustro.*

[3]) Du Cange III, 884: *Huiusmodi cespites cum sua festuca multis in ecclesiis servantur hactenus, visunturque Nivellae et alibi.* — Coburger und Schalkauer Statut bei Grimm, RA. p. 113. 114. — Gatterer, elem. dipl. § 250. p. 181.

[4]) Gatterer ib. — Dümge, Gerichtssymbolik p. 5.

[5]) Das Zerbrechen dient auch zur Bekräftigung des Actes. Du Cange III, 884: *licet assignare causam, cur symbola frangerentur, ut firmiter constantiorque haberetur donatio aut venditio; quemadmodum enim iis fractis symbolis amplius uti non poterant, sic nusquam in res datas quovis modo reverti se velle* -- cf. sq.

zeigung der *Festuca* [6]), ferner wurde das Pfandrecht durch den aus dem verpfändeten Objecte geschnittenen Span erwiesen [7]).

Als schriftliche Instrumente aufkamen, wurden diese zwar die Hauptbeweismittel, daneben aber erhielt sich die Beurkundungskraft der Symbole. In den umgeschlagenen Rand der Urkunde legte man Bündelchen von Gras aus der Scholle, da man diese, ohne Pergament und Schrift zu verderben, nicht hineinlegen konnte [8]). Siegelartig hängte man an das Diplom die gemärkte *Festuca* und beschriebene Messergriffe [9]), nähte ein Reis an [10]) und band einen Gürtel [11]), Münzen und Ringe an [12]).

II. Die schriftliche Urkunde war zwar schon in den Volksrechten vollkommen gewürdigt, aber nicht allgemein als wesentlich vorgeschrieben [13]). — In den seltensten Fällen wurde sie von der Partei selbst geschrieben, und zwar in der älteren Zeit (VII. und VIII. Jahrh.) wegen der Schreibensunkunde [14]) in der

[6]) l. sal. tit. 50, 2: *tunc ille, cui fides facta est ambulet ad gravionem loci illius, in cuius pago manet, accipiatque festucam et dicat verbum* (Klageformel).

[7]) Kuchenb. 3. 100 (a. 1350) bei Grimm, RA. Einleitung zu cap. IV: und alse er danne ze solichem hobe gewiset ist, hat eme der schultheisse zu solichem hobe mit rechte geholfen und eme sin warzeichen von solichem hobe gegeben und hat auch der genant Heinrich solichen hob jar und dag pfandwise inne gehabt und hat auch sin warzeichen von deme hob in demselben jare zu allen ungebotenen dingen erzeiget.

[8]) Michelsen, *festuca not.* p. 14.

[9]) Du Cange III, 884; — Gatterer, elem. dipl. art. p. 167. 180. 250; — Zöpfl, RA. II. p. 292. 293. 356. 357. 373; — Michelsen, *festuca not.* p. 12.

[10]) Du Cange III, 884: *cum junco, qui in ora cartulae insuitur; cum baculo praesenti paginae juncto.*

[11]) Du Cange III, 884: *per corrigiam in hoc pergameno pendentem.* — Brunner, *Carta* p. 14.

[12]) Du Cange III, 884: *in testimonium huius donationis nummus iste huic cartae appensus est, quum per ipsum donatio facta est.* — Gatterer, elem. dipl. art. p. 180.

[13]) l. baj. tit. 16 c. II; — l. burg. 43. add. I, 12; — l. alam. XIX; I, 1; II, 1—3; — Liutpr. 54. 73. VII. 1, 19; — Rothar. 175. 184; form. ad Rothar. 172; — l. Visig. LV. c. 3. — Albrecht, Gewere p. 68; — Grimm. RA. p. 608; — Eichhorn, St. u. RG. § 450. Note b u. d; — Stobbe, Z. Gesch. d. deutschen Vertragsr. p. 18 sqq.

[14]) cf. Grimm, RA. p. 557; — Merckel, *firmare* p. 127.

späteren Zeit, weil man den Vorteil einer Beurkundung durch eine unbeteiligte Person würdigte [15]). Daher wurde die Beurkundung von Geistlichen, Notaren [16]) und Gerichtspersonen vorgenommen; in Süddeutschland besonders dienten hierzu dauernd auserlesene Personen, die s. g. *nominati, deputati,* ähnlich den Kirchspielleuten in Lübeck, welche beim Abschluss von Rechtsgeschäften gegenwärtig waren und schriftliches Zeugniss darüber erteilten [17]).

III. Wegen der grossen Vorteile, die man durch die Beurkundung erhielt, stellte man nicht blos über die Tradition, sondern auch über die übrigen bei der Eigentumsübertragung vorkommenden Nebenacte Urkunden aus, wie z. B. über die Vestitur [18]), die *Warandia* [19]) und das Friedewirken [20]). Aber diese Urkunden verleugnen insofern nicht ihren accessorischen Character, als sie mitunter dem Hauptbrief über die *Traditio* angeknotet werden [21]).

---

[15]) cf. Seibertz, UB. I. nr. 230 (a. 1244): *Ego J. castellanus subscribo, facto fratris mei G^i consentiens claustroque de emptis bonis plurimum faveo, quia jus in eis non habeo et hoc sigillo meo huic pagine appenso publice protestor.*

[16]) Capit. Mantuanum a. 781. c. 2; — Capit. ad Theodoris villam a. 805. c. 3 (4).

[17]) Lübisch. R. cod. I, 51. — Vgl. Laband in der Zeitschr. für deutsches Recht. XX. 1861. p. 15 sqq.

[18]) Dronke, cod. fuld. nr. 60 (a. 777): *Anno tertio regni piissimi regis Caroli mense Octob. VIII. id. Oct. reddita est vestitura traditionis pradicti regis in Hamalunburg Sturmioni abbati per N^um et H^em comites et F^um atque G^um vasallos dominicos coram his testibus . . . et descriptus est atque consignatus idem locus undique his terminis, postquam juraverunt nobiliores terrae illius ut adicerent veritatem de ipsius fisci quantitate.* — cf. Beseler, Erbv. I. p. 36; — cf. Sohm, R. d. Eheschliessung p. 81. 82.

[19]) Augsburger Stadtr. 334. — Vollständiger Schermbrief bei Bischoff, Steierm. Landr. Anhang I. XVI. — Zöpfl, RA. II. p. 351; — Zöpfl, RG. p. 715. Anm. 12.

[20]) Oft hat der Friedeschilling Urkundencharacter. — cf. Goslarer Stat. 27, 17; — 25, 27—40; — 94, 33—35.

[21]) Seibertz I. nr. 50 (a. 1101—1131): *Ut hec nostre traditionis confirmatio ad posterorum transeat inconvulsa noticiam, presentis privilegii astipulatione et sigilli nostri impressione corroboramus.*

II. Die Gerichtsbeurkundung.

§ 21.

Die Gerichtsbriefe.

I. Die Gerichtsbeurkundung durch Briefe kann eine doppelte sein.

a. Das Gericht, resp. der Gerichtsschreiber, fasst auf Wunsch der Contrahenten über die ohne gerichtliche Mitwirkung vorgenommene Veräusserung eine Urkunde ab. Dieses Schriftstück steht einer Privaturkunde vollständig gleich und hat weder absolute Beweiskraft noch Unanfechtbarkeit. In der fränkischen Zeit gab es nur diese Art der gerichtlichen Beurkundung; speciell wird dieses durch die ripuarische *Carta* bewiesen [1]).

b. Das Gericht kann aber auch über den im Gerichte selbst vorgenommenen Act ein Zeugniss ausstellen. Dieses „collegialische Dingmannenzeugniss" ist die Niederschrift des über die gerichtliche Auflassung ergangenen Urteils, welche im officiellen Termine [2]) im Gerichte, — das dabei als Aussteller fungirt [3]), — vor Zeugen erfolgt und gesiegelt wird [4]). Jede Vermutung, dass sich Irrtümer bei seiner Abfassung eingeschlichen haben, soll durch die dabei beobachtete Sorgfältigkeit und Genauigkeit ausgeschlossen werden [5]). So erhält diese Urkunde die gleiche Beweiskraft, wie das Urteil selbst; sie wird durch keinen

[1]) l. rip. tit. 59. — Merckel, *firmare* p. 134; — Stobbe, Z. Gesch. d. deutsch. Vertragsr. p. 83—88; — v. Bethmann-Hollweg, Civilproc. IV. p. 493; — Brunner, Gerichtszeugniss p. 144—149; — Laband, Krit. Viertelj. XV. p. 387; — Sohm, Gerichtsverf. I. p. 528.

[2]) Kaiser Ludwig's Rechtsbuch a. 1346. tit. 25. 311: Wer . . . brief bedarf . . . da sol man im tage umb geben alz der schrannen recht ist.

[3]) Steiermärk. Landr. art. 8; — Seibertz, UB. I. nr. 378 (a. 1277).

[4]) Augsburger Stadtr. 332. 334.

[5]) Augsburger Stadtr. 274. 333; — Bamberger Stadtr. §§ 11. 15; — Schöffensatzung 221 im Brünner Schöffenbuch p. 400. — Heusler, Gewere p. 11.

Zeugenbeweis und keinen Eid erschüttert [6]). — Auch dem Versuche einer Anfechtung wurde vorgebeugt, indem das Gericht dem Verkäufer alle alten Kaufbriefe abforderte, die aus irgend einem Grunde zurückbehaltenen amortisirte [7]) oder deren nachträgliche Herausgabe sich in einer besonderen Urkunde versprechen liess [8]). Auf diese Weise wurde dem etwaigen künftigen Kläger die Begründung seines Anspruches sehr erschwert.

II. Das, nur auf Grund einer gerichtlichen Auflassung zu erlangende Gerichtszeugniss war dort, wo die *Traditio* obligatorisch gerichtlich war, die einzige erlaubte Beurkundung [9]), insbesondere durften Stadt oder Vogt, wenn sie nicht etwa selbst eine Jurisdiction hatten, die Auflassung weder vornehmen noch beurkunden [10]). — Aber auch da, wo die *Traditio* nicht notwendig gerichtlich geschehen musste, wurde sie doch gerade wegen dieses Gerichtszeugnisses gern im Gericht vorgenommen und sogar eine bereits aussergerichtlich vollzogene Auflassung nachher noch einmal im Gericht wiederholt [11]), obwol ja dann

[6]) Lübisch. R. cod. II, 43; III, 303. 327. 328; — cf. Ssp. I, 7; 1, 8, § 1; II, 22, § 2; III, 25, § 1; III, 88, § 1. — Schwsp. c. 11 (Lassb.): Swer borget oder entlêhnt, der sol daz gelten; unde swaz er lobet, daz sol er staete hân. Swaz aber vor gerichte geschichet, dâ soll man nicht um sweren. — Eichhorn, Einleit. § 91; — Stobbe, Z. Gesch. d. deutsch. Vertragsr. p. 70 sq.; — Laband, Lehre v. d. Mäklern p. 14.

[7]) Meichelbeck II, 2. nr. 356b bis 360. 362. 368.

[8]) Meichelbeck II, 1, 285. — Häberlin, Meichelbeck p. 104.

[9]) Goslarer Stat. 30, 21—24: De rat ne scal sine opene breve uppe ervegut dat binnen der stat gherichte lit nicht gheven, de sake ne trede se selven an, de voghet mach aver dat wol don.

[10]) Augsburger Stadtr. a. 1276. 332; — Verdener Statut a. 1330. § 25 (Gengler p. 511); — Bamberger Stadtr. § 15.

[11]) z. B. geschieht die erste Tradition in der Kirche, die Wiederholung im Freigericht. Scibertz, UB. I. nr. 177: *Allodium suum vendidit pro XC. marcis, in qua quia mater ipsius Theoderici* (— Verkäufer —) *et soror eiusdem celibem vitam duxerunt omnem cautelam quam potuit adhibuit, ut posteris suis tolleretur omnis occasio predictam venditionem rescindendi. Videlicet cum idem Theodericus et fratres et B. patruus . . . allodium ecclesie in R. contulissent, ideoque presente conventu in R. super altare obtulissent, tamen ad habundantem cautelam Theodericus cum patruo . . .*

der Veräusserer materiell und formell kein Veräusserungsrecht mehr besass. Das Gerichtszeugniss bildete den regelmässigen und für die Wirkung der Veräusserung und der Auflassung bald wesentlichen Abschluss der Gerichtsverhandlung. Immer mehr legte man das Hauptgewicht auf dieses Zeugniss, so dass die Auflassung daneben in den Hintergrund trat und die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes je länger je mehr von dem Empfang des Gerichtszeugnisses allein abhängig gemacht wurde [12]). „Noch bestehen in allen deutschen Staaten Vorschriften, wonach „verschiedene Arten von Geschäften, namentlich Verkäufen, „Vertauschungen und Verpfändungen von Immobilien nur erst „durch das Hinzukommen der gerichtlichen Bestätigung (nämlich „in Form einer Beurkundung) rechtsbeständig werden, so lange „aber diese nicht erfolgt ist, als gar nicht vorhanden gelten und „nicht klagbar, ja sogar die vollzogenen Traditionen nichtig „sind" [13]). Somit erhielten diese Zeugnisse den Character von Traditionspapieren; oft ist noch ausdrücklich in ihnen erklärt,

---

coram Engelberto archiepiscopo . . . allodium contulit . . . omnique jure sub banno regio Rudolfo milite . . . presidente renuntiaverunt, ibidem ecclesie proprietatem allodii iterum recognoscentes. — Seibertz, UB. I. nr. 280 (a. 1253): Verzicht eines Erben im Stadtgericht, wiederholt im Landgericht. — ib. II. nr. 507 (a. 1305): Gutsübertragung nach Landrecht im Freigericht, wiederholt im Soester Stadtgericht. — ib. I. nr. 190 (a. 1230). — Die *Renovatio, Iteratio* der Auflassung kommt auch aussergerichtlich vor zur Erinnerung und Bestärkung der ersten *Traditio*, so bei den Vergabungen auf den Todesfall, wo die Vestitur erst nach dem Tode des Veräusserers stattfinden soll (— Meichelbeck I, 2. nr. 5. 21. 71. 219. 357. 411. 423. 453. —) oder kurz vor der Vestitur, um sie nochmals rechtlich zu begründen (— ib. nr. 198. 476. 515. 550; cf. Merckel, *firmare* p. 118. 155. 157. —), aber selbst auch nach der Vestitur und Warandia (— Seibertz, UB. II. nr. 507. —). — In Baiern geschah die Erneuerung, wenn ein Dritter sie anfocht; alsdann wiederholt der Veräusserer die Auflassung, übernimmt deren Verteidigung, eventuell durch Zweikampf, und festigt so die *Traditio* selbst (— *firmare* —): l. bajuv. XVII, 2; — Walter, RG. 558; — Grimm, RA. p. 556, 3. 557; — Merckel, *firmare* p. 110. 157; — Beseler, Erbv. I. p. 36, 44.

[12]) Ein Gesetz für Augsburg a. 1294 (Augsb. Stadtr. p. 285) bestimmt, dass Briefe über Leibgedinge innerhalb eines Monates gefertigt sein sollen, widrigenfalls dasselbe wirkungslos würde. — cf. Bamberger Stadtr. § 11; — Münchener Stadtr. art. 198.

[13]) Zöpfl, RA. II p. 41.

dass das Recht mit der Urkunde und zwar so, wie es in derselben niedergelegt sei, tradirt werde [14]).

Wo noch eine blosse Privatbeurkundung stattfand, suchte man derselben doch oft durch eine vertragsmässige Fiction die absolute Beweiskraft des Gerichtszeugnisses zu verleihen, indem man die Clausel einfügte, „sie sollte so kräftig sein, als ob sie „vor Gericht abgeschlossen oder bestätigt wäre“ [15]).

§ 22.

Die Gerichtsbücher.

Neben den Gerichtsbriefen, welche die Contrahenten erhielten, fand auch eine Beurkundung für das Gericht selbst statt. — Schon im XII. Jahrhundert zeichnete man auf losen Pergamentblättern von Gerichtswegen die Gerichtsacte (— Geschrichte —) auf, die geheftet nachher Buchform erhielten [1]). Die ältesten waren die Cölner Schreinsbücher und Rostocker Stadtbücher; vom XIII. Jahrhundert ab werden sie allgemeiner [2]). In diese Bücher, deren Benennungen sehr verschieden waren [3]), trug man ursprünglich Gerichtsvorgänge jeder Art ein, auch andere, als Liegenschaften betreffende [4]). Aus denselben entstanden erst

---

[14]) Seibertz, UB. III. nr. 987 (a. 1483): *Transtulimus quoque et transfundimus et presentium tenore transferimus omne jus et omnem proprietatem . . . et . . . renunciavimus per presentes nostras patentes litteras omni juri et toti proprietati;* — ib. III. nr. 1005 (a. 1507). — Wigand, Archiv III, 185 (a. 1449): Wy A. und H. . . . betuget oppenbair in disem brieve vor uns und unse erven, dat . . . in und mit dussen breve . . . alle unsere herrlichkeit und gerechtigkeit . . . in vuller macht overgeantwortet haben. — cf. Häberlin, Meichelbeck p. 81.

[15]) z. B. Meichelbeck II, 2. nr. 374. — Häberlin, Meichelbeck p. 205 u. ö.

[1]) Homeyer, Stadtbücher des Mittelalters p. 19. 36; — Meklenburg. Urk.-Buch I. 1863. p. XLV sqq.; V. 1869. p. V sqq; — Walter, RG. 516.

[2]) cf. Kölner Schreinsbucheintrag a. 1229. 1233. 1241. 1284. 1293. 1316 (bei Lörsch u. Schröder urk. nr. 96. 101. 125. 133. 149). — cf. Wismarer, Rostocker, Lübecker Stadtbucheintrag a. 1329. 1336. 1357. 1413 (ib. urk. nr. 158. 160. 172. 186. 251).

[3]) z. B. Gerichts-, Stadt-, Schreins-, Währschafts-, Frede-, Rats-, Schöffen-, Ober- und Niederstadtbuch. — cf. Homeyer, Stadtbücher p. 24. 28. 38.

[4]) Auer, Münchener Stadtr. p. 158.

die Haus- und Grundbücher im eigentlichen Sinne, in welche ausschliesslich alle Rechtsveränderungen über Immobilien eingetragen wurden [5]; an manchen Orten sogar hatte man für die einzelnen Arten der Immobiliargeschäfte besondere Bücher, z. B. für Käufe, Gülten, Pfandbestellungen [6].

Die Eintragungen wurden erst nach der Auflassung [7] vom Gerichte mit Beobachtung der grössten Genauigkeit [8] und nach Einsicht des Buches, ob kein anderer Eintrag dem Geschäfte entgegenstehe [9], vorgenommen: die Bücher selbst wurden, damit kein Betrug an ihnen geschähe, auf das Sorgfältigste bewahrt [10]. So gewann das gehörig Eingetragene volle Beweiskraft [11]; der-

[5] Stadtr. v. Celle a. 1537. tit. IX. 6; — Münchener Stadtr. a. 1347. art. 32. 205; — Lübisch. Stadtr. cod. II, 24; cod. III, 131. 254. — Hantveste für Stendal a. 1345 (Gengler p. 463); — Lauenburger Statut bei Pufendorff obs. III. app. 300.

[6] Kaufbücher (a. 1368) und Satzbücher (1388) in Wien; — Majorwährbücher für Verlassungen. Minorwährbücher für Gültverkäufe, Einkindschaften . . . in Frankfurt a. Main; — Stadtpfandbücher und Verlassungsbücher (a. 1428) in Hannover; — Liber impignoratiorum (a. 1411) in Kiel. — cf. Homeyer, Stadtbücher p. 22. 24 und Mekl. Urk. Buch a. aa. 00.

[7] Lübisch. R. cod. III. 248. 254; — Lauenburger Statut. bei Pufend. obs. III. ap. p. 328.

[8] Handveste für Stendal a. 1345: wat man in der stadbuk scrivet und givet, dar scal die meiste deil des rades bie sien und die scrift scal die rat beschluten; — Nürnberger Reformation a. 1479. tit. 9. ges. 1: Was bekanntnuss hinfür in des gerichtsbuch am statgericht oder paurngericht umb keuffe . . . fürgenommen werden, die sollen geschehen vor einem geschwornen gerichtsschreiber in beywesen zwayer genannten; — Stadtr. von Olmütz a. 1348: Eintragungen sollen nur *„in firmato judicio vel in pleno nostro consilio“* erfolgen. — cf. Verm. Ssp. III, 1, 4.

[9] Münchener Stadtr. art. 31. 512. 270: Desshalb soll man des richters schreiber darumb zuosprechen, daz er daz puoch les, ob daz selb aigen yemants pfant sei vormalen. (— cf. art. 205 —); — Kaiser Ludwig's Rechtsbuch a. 1346. tit. 1, 3; — Bürgersprache für Wismar a. 1610. — Homeyer, Stadtbücher p. 35.

[10] Brünner Schöffenbuch 405; — Münchener Grundbuchordnung a. 1572. 1573. 1628 art. 1–3 (Auer).

[11] z. B. Schweidnitzer Handveste a. 1321 (Gengler p. 422): *Concedimus . . . huic libro . . . super omni causa . . . in eodem . . . conscripta, super qua . . . quicunque civium . . . de sua justitia confidens ad acquirendum vel ad amittendum jus suum . . . se traxerit . . . robur perpetue firmitatis. Statuentes . . . eundem librum . . . plenam firmitatem et robur habere perpetuum.*

jenige, der trotzdem eine Anfechtung versuchen will, hat alle Präsumtionen gegen sich, und muss Caution hinterlegen [12]), um überhaupt zum Einspruch zugelassen zu werden.

Diese Eintragungen wurden bald an vielen Orten für so wesentlich gehalten, dass die Auflassung erst durch diese Buchung ihre Gültigkeit erhielt und bis dahin formell noch das frühere Rechtsverhältniss bestand [13]). Daher legte sich mit der Zeit auf die Eintragung, welche vorher nur dem Beweise der Auflassung diente, derart der Schwerpunkt, dass sie „neben der Auflassung die Einräumung des Eigentums bewirkte“ [14]). Somit kam man dazu, die Gerichtsverhandlung der Auflassung vielerorts als überflüssig abzuschaffen und die Eintragung selbst als Auflassung zu bezeichnen. Die Auflassung verwandelte sich in eine „Verlassung zu Stadtbuch“. In Folge dessen ward die Auflassung nichts anders, als „eine obrigkeitliche Confirmation oder Registratur“ [15]), die jetzt ebenso gut von den Stadtmagistraten vorgenommen werden konnte [16]).

---

[12]) Soester Schrae § 39 (XIII. Jahrh.): *Quicumque pro aliqua causa coram consulibus terminata testimonium ipsorum appellaverit, uterque fidejussores pro* 60 *sol. ponet.*

[13]) Nach Hannover. Statut (Pufend. III, observ. 80 p. 213): „soll nach der Verlassung allererst das Haus im Stadt-Haus und Pfande-Buch von des alten Eigentümers Namen ab- und auf des Successoris Namen geschrieben werden mithin bevor solche Verlassung nicht gebührlich zu Werk gerichtet, das Haus allemal auf des alten *possessoris* Namen in dem Stadt-Hauss-Buch stehen bleibe, und dieser vor wie nach *pro domino aedium* geachtet werde.“ — Statut von Parchim §§ 15. 16.

[14]) cf. Homeyer, Stadtbücher p. 46. 47.; — Auer, Münchener Stadtr. p. 155; — Häberlin, Meichelbeck p. 113 sqq.

[15]) Laband, Krit. Viertelj. XV. p. 410.

[16]) Dies geschah z. B. in Lübeck, Hamburg, Magdeburg (1293), Berlin, Celle und Dortmund; — cf. Behrend, Stendaeler Urteilsbuch 6 p. 3. a; — Homeyer, Stadtbücher p. 26. 39. — In den Mecklenburgischen Städten und in den Städten des Lübischen Rechts ist diese Kompetenz der Magistrate wol ursprünglich. V. v. Meibom das Meckl. Hyp.-Recht. 1871. p. 2.

Lebenslauf.

Ich, Rudolf Heinrich Leopold Bewer wurde am 14. November 1855 zu Wien geboren, als Sohn des Historienmalers und Professors Clemens Bewer und seiner Ehefrau Berta, geb. Glasersfeld. — Im dritten Jahre meines Lebens kam ich nach Düsseldorf und wurde im October 1865 in die Sexta des dortigen unter Leitung des Herrn Director Dr. Kiesel stehenden Gymnasiums aufgenommen.

Mit dem Zeugniss der Reife zum Universitätsstudium im August 1876 entlassen, ging ich das erste Jahr auf die Universität Tübingen, wo ich den Vorlesungen der Herren Professoren Degenkolb, Jolly, Mandry und Milner beiwohnte. — Das zweite Jahr verbrachte ich auf der Universität zu Wien; daselbst besuchte ich die Collegien der Herren Professoren Exner, Hoffmann, Maassen, Siegel, Schuster und Lorenz von Stein. — Das letzte Jahr absolvirte ich auf der Friedrichs-Wilhelm-Universität zu Berlin und hörte dort die Vorträge der Herren Professoren Berner, Brunner, Bruns, Dambach, Gneist, Goldschmidt, Hinschius und Wagner. — In meinem fünften Semester wurde ich in das unter der Leitung des Herrn Prof. Dr. Brunner stehende königl. Seminar für deutsch-rechtliche Uebungen aufgenommen. In meinem sechsten Semester arbeitete ich als ordentliches Mitglied in dem unter Leitung des Herrn Prof. Dr. Hinschius stehenden königl. Seminar für Kirchenrecht, sowie in dem Practicum für gemeines und preussiches Recht des Herrn Geheimrates Prof. Dr. Dernburg.

Der Militärpflicht genügte ich zu Tübingen und zu Düsseldorf, wo ich am 8. September 1878 als Vicefeldwebel mit der Qualification zum Reserveofficier entlassen wurde.

Meinen tiefgefühlten Dank statte ich allen meinen hochverehrten Lehrern ab, besonders aber dem Herrn Hofrat Prof. Dr. Siegel, durch welchen in mir die Liebe zum Studium des deutschen Rechtes erweckt wurde.

Berichtigungen.

p. 2. Anm. 4: st. »§ 6« l. »§ 7«.
p. 3. Anm. 7: st. »§ 7« l. »§ 8«.
p. 8. Anm. 14. Z. 8: Die gerichtliche Vornahme ist hier natürlich an den festen Gerichtsort (— Malstätte —) gebunden. cf. § 7. III. p. 33 und § 8. p. 35.
p. 12. Rechtsbrief für Weida: st. »Die guter« l. »Di guter«.
p. 28. Z. 2: st. »wohlbekannte« l. »wolbekannte«.
p. 29. Anm. 11. Z. 3: st. »para« l. »parva«.
p. 32. Anm. 26. Z. 6 und p. 70. Anm. 16: st. »Herzogs Rudolf« l. »Herzog Rudolfs«.
p. 36. Z. 4: st. »Ideengehalt« l. »Ideengehaltes«.
p. 43. Anm. 25. Z. 9: st. »manum« l. »manuum«.
p. 45. Anm. 45. Z. 5: st. »Proc. d. lex salica p. 87« l. »Proc. d. lex salica p. 81«.
p. 48. Anm. 66. Z. 5: st. »indicriminatim« l. »indiscriminatim«.
p. 63. Brünner Schöffenbuch 322: st. »Heredidatum« l. »Hereditatum«.
p. 75. Z. 14: st. »vorräthig« l. »vorrätig«.
p. 77. Z. 17: st. »Nichtzahlung« l. »Nichtzalung«.
p. 78. Anm. 4. Z. 7: st. »Mon. Boic. XXVIII. 6. 261« l. »Mon. Boic. XXVIII b. 261«.
p. 88. Z. 5: st. »auf« l. »auff«.
p. 100. Anm. 15. Z. 3: st. »is« l. »ist«.
p. 112. Anm. 8. Z. 4: st. »bekanntnuss« l. »bekantnuss«.
p. 112. Anm. 8. Z. 6: st. »genannten« l. »genanten«.

Du Cange, Glossarium mediae et infimae latinitatis ist citirt nach der Ausgabe von Henschel, Paris bei Didot 1840—45; 7 vol.